Die rechtliche Behandlung der Bedürfnisfrage im Wirtschaftskonzessionswesen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Martin Luther-Universität Halle-Wittenberg

vorgelegt von

Hans Schirmer
Gerichtsreferendar in Erfurt.

Berichterstatter:
Professor Dr. jur. Carl Bilfinger, Halle a/S.

Risse-Verlag, Dresden-A. 1, Schießgasse 1.
1934.

Meiner Mutter

Inhaltsübersicht.

Seite

1. Kapitel: Einleitung 1
2. Kapitel: Geschichte der Gesetzgebung . . . 4
   I. Die Entwicklung in Preußen bis zum Jahre 1869 4
   II. Die Gewerbeordnung von 1869 . . 5
   III. Die Novelle von 1879 8
   IV. Das Notgesetz von 1923 10
   V. Das Gaststättengesetz von 1930 . . 11
3. Kapitel: Der Begriff des Bedürfnisses . . . 15
4. Kapitel: Der Nachweis des Bedürfnisses . . . 18
5. Kapitel: Die Grundsätze für die Prüfung des Bedürfnisses 20
   I. Die unterschiedliche Behandlung der Bedürfnisprüfung bei Wirtschaften mit Ausschank von alkoholfreien Getränken und bei solchen mit Ausschank von geistigen Getränken . 21
   II. Das persönliche Interesse des Antragstellers oder anderer an der Erteilung der Erlaubnis beteiligter Personen darf nicht berücksichtigt werden 26
   III. Das Bedürfnis muß im Zeitpunkt der Erlaubniserteilung gegenwärtig sein 27
   IV. Die Behandlung der Bedürfnisfrage bei einem nur vorübergehenden Bedürfnis 29
   V. Bei der Prüfung des Bedürfnisses muß auf die besondere Art und die örtliche Lage der Wirtschaft geachtet werden 34
   VI. Die soziale Schichtung, die Lebensgewohnheiten und die Dichtigkeit der Bevölkerung müssen berücksichtigt werden 38
   VII. Die Prüfung des Bedürfnisses ist auch auf die Erfordernisse des Orts- und Fremdenverkehrs zu richten . 39

Seite

VIII. Der Entscheidung über das Vorliegen des Bedürfnisses darf nicht ein bestimmtes Verhältnis zwischen der Zahl der vorhandenen Wirtschaften und der Einwohnerzahl zu Grunde gelegt werden 40

IX. Das Bedürfnis kann sich auch auf einen bestimmt begrenzten Personenkreis beschränken 41

X. Die Richtlinien für die Prüfung des Bedürfnisses bei Anträgen auf Erteilung der Erlaubnis zum Ausschank von Getränken in Erfrischungsräumen von Theatern, Lichtspielhäusern usw. 42

XI. Bei Wirtschaften mit ausschließlichem oder vorwiegendem Branntweinausschank darf die Bedürfnisfrage nur in Ausnahmefällen bejaht werden . 43

XII. Die Nachprüfung der Bedürfnisfrage bei der Ausdehnung eines Betriebes über den bisherigen Umfang hinaus und bei der Verlegung eines Wirtschaftsbetriebes in ein anderes Lokal 45

XIII. Die unterschiedliche Behandlung der Bedürfnisfrage bei der Errichtung neuer Wirtschaften und bei der Uebernahme bereits bestehender Wirtschaften 46

XIV. Die Grundsätze für die Prüfung des Bedürfnisses bei einem Antrag auf Erteilung der Erlaubnis zum Betrieb einer Gastwirtschaft 4

6. Kapitel: Die Sperrfrist nach § 21 des Gaststättengesetzes 5

7. Kapitel: Die Behandlung der Bedürfnisfrage bei Realgewerbeberechtigungen 5

8. Kapitel: Handelt es sich bei der Nachprüfung der Bedürfnisfrage durch die Verwaltungsgerichte um die Würdigung einer Rechtsfrage oder einer Ermessensfrage? . . 5

I. Rechtskontrolle und Ermessenskontrolle 5

Seite

II. Die Beurteilung der Rechtsnatur der Bedürfnisfrage in der Zeit vor Erlaß des Gaststättengesetzes 56

A: Die unterschiedlichen Bestimmungen über die Nachprüfung der Bedürfnisfrage in den Verwaltungsgerichtsgesetzen der einzelnen deutschen Länder 57

1. Preußen 57
2. Bayern und Hamburg . . . 60
3. Braunschweig 60
4. Sachsen und Württemberg . . 61

B: Der Begriff des freien Verwaltungsermessens 62

1. Die Feststellung des Ermessensbegriffs nach Wortlaut und Entstehung der einschlägigen Bestimmungen in den Verwaltungsgerichtsgesetzen von Bayern und Württemberg und nach den einschlägigen Entscheidungen des preuß. Oberverwaltungsgerichts 64
2. Freies Ermessen und gebundenes Ermessen 67
3. Richterliches Ermessen . . 69
4. Zwischen den Akten der rechtlichen Bindung und den Akten des freien Ermessens besteht nur ein relativer Unterschied . . 70

C: Die Prüfung der Bedürfnisfrage in der Zeit vor Erlaß des Gaststättengesetzes war als ein Akt des freien Verwaltungsermessens anzusehen . 71

1. Die Ansicht von Launs . . 72
2. Die Ansicht Seydels und Bühlers 73
3. Die herrschende Ansicht . . 74

III. Die Art und Weise der Nachprüfung der Bedürfnisfrage durch ein auf Rechtskontrolle beschränktes Verwaltungsgericht 78

A: Die Grenzen des freien Ermessens 79

B: Die Ermessensfehler 84

Seite

IV. Die Beurteilung der Rechtsnatur der Bedürfnisfrage nach heutigem Recht 93

A: Die Meinungsverschiedenheiten bei den Beratungen des Gaststättengesetzes im Reichstagsausschuß . 94

B: Der Einfluß der Bestimmungen in § 1 und § 18 des Gaststättengesetzes und in § 1 bis § 5 der Verordnung der Reichsregierung vom 21. 6. 30 auf die Beurteilung der Rechtsnatur der Bedürfnisfrage . . . 96

C: Die Prüfung der Bedürfnisfrage gehört heute zu den Rechtsfragen . 97

1. Kapitel.
Einleitung.

Es entspricht den Grundsätzen des Rechtsstaates, daß auch die Verwaltungsbehörden bei der Wahrnehmung der ihnen im Staatsleben zugewiesenen Funktionen grundsätzlich streng an die Gesetze gebunden sind. Nur so läßt sich das Ziel des Rechtsstaates — nämlich die Aufrechterhaltung der Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit — verwirklichen.

Nun geht aber der Gesetzgeber mit Recht davon aus, daß für die Regelung mancher verwaltungsrechtlicher Verhältnisse allein die Verwaltungsbehörde auf Grund ihrer praktischen Erfahrung sachverständig ist und daß sie daher, da sie den konkreten Lebensverhältnissen nahesteht, am ehesten in der Lage ist, im einzelnen Verwaltungsrechtsfall von den oft verschiedenen Möglichkeiten der Lösungen diejenige Lösung zu finden, die auch der Ansicht des Gesetzgebers am besten entsprechen wird.

Der Gesetzgeber begnügt sich deshalb in solchen Fällen mit der Aufstellung des rechtlichen Rahmens und überläßt es im übrigen der Verwaltungsbehörde, im konkreten Fall nach ihrer eigenen Bestimmung zu handeln. Die Verwaltungsbehörde entscheidet dann, wie es in der Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft heißt, nach ihrem Ermessen oder, was dieselbe Bedeutung hat, nach ihrem „freien Ermessen".

Im Gegensatz hierzu stehen die Fälle, in denen der Verwaltungsbehörde ihr Verhalten genau vorgeschrieben ist; im letzteren Fall spricht man von gesetzlicher Gebundenheit in einem spezifischen, engeren Sinne des Wortes. Indem man die Verwaltungsbehörde in manchen Fällen nach ihrem freien Ermessen entscheiden läßt, wird in das Verwaltungsrecht ein bewegliches und elastisches Element eingeschaltet. Denn erst dadurch, daß der Verwaltungsbehörde innerhalb der ihr vom objektiven Recht gezogenen Grenzen ein freier Spielraum bleibt, in welchem sie nach ihrem Ermessen entscheiden kann, wird sie in die Lage versetzt, bei der Behandlung des einzelnen Falles den Anforderungen des vielgestaltigen Lebens, der Verschiedenheit und dem häufigen Wechsel der Verhältnisse in genügender Weise Rechnung zu tragen.

Die Feststellung nun, inwieweit es sich im einzelnen Verwaltungsrechtsfall um einen Akt der rechtlichen Gebundenheit oder um einen Akt des freien Ermessens han-

delt, ist infolge der oft sehr unbestimmten Formulierungen der betreffenden Gesetzesstellen, auf Grund deren die Verwaltungsbehörde tätig wird, nicht immer leicht zu treffen. Die erwähnte Unterscheidung ist aber deshalb von Erheblichkeit, weil nach den Bestimmungen der meisten Verwaltungsgerichtsgesetze der deutschen Länder die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte oder doch ihre Befugnis zur Nachprüfung von Verwaltungsakten insoweit ausgeschlossen ist, als die Verwaltungsbehörden nach freiem Ermessen entscheiden können[1]). Hinsichtlich der Unterscheidung in Rechtsfragen einerseits und Ermessensfragen andererseits haben sich besondere Schwierigkeiten bei der Abgrenzung der sog. unbestimmten Begriffe, wie z. B. derjenigen des „Bedürfnisses", der „öffentlichen Sicherheit", des „öffentlichen Interesses" usw. ergeben. Der Gesetzgeber verwendet diese Ausdrücke, um der Verwaltungsbehörde für die Entscheidung des Einzelfalles einen gewissen Spielraum zu lassen. Gleichzeitig will der Gesetzgeber aber durch die Verwendung eines solchen Begriffes dem Verhalten der Behörde doch eine bestimmte Richtung weisen. Es ist dann Aufgabe der Verwaltungsbehörde, bei der Entscheidung des konkreten Verwaltungsrechtsfalles die richtige Auslegung dieser Kompromißbestimmungen, wie diese unbestimmten Begriffe von Bühler[2]) genannt werden, zu finden.

Dabei ergibt sich aber hinsichtlich der Ueberprüfbarkeit eines solchen Verwaltungsakts durch ein Verwaltungsgericht die Frage, ob der Behörde mit der vom Gesetzgeber gewählten Formulierung im Einzelfalle eine derartige Bewegungsfreiheit gelassen ist, daß man das Tätigwerden der Behörde als einen Akt des „freien Ermessens" ansehen muß, oder ob das Verhalten der Behörde durch Verwendung des „unbestimmten Begriffs" vom Gesetzgeber in so bestimmter Weise festgelegt ist, daß ihre Entscheidung des konkreten Falles den Akten der „gesetzlichen Gebundenheit" zuzurechnen ist.

Was hier die Bedürfnisfrage des Wirtschaftskonzessionswesens anbelangt, so sind — insbesondere wenn man den Rechtszustand vor Erlaß des Gaststättengesetzes von 1930 betrachtet — die Ansichten über die Rechtsnatur der Bedürfnisfrage, d. h. darüber, ob die Prüfung des Bedürfnisses als Rechtsfrage oder als Ermessensfrage angesehen werden muß, nicht ungeteilt geblieben. Bei der Entschei-

[1]) Vgl. z. B. Art. 13 Abs. 1 Ziff. 3 des bayerischen Verwaltungs-Gerichtsgesetzes vom 8. August 1878 und § 46 des hamburgischen Verwaltungsgerichtsgesetzes.

[2]) Die subjektiven öffentlichen Rechte S. 287.

dung über einen Antrag auf Erteilung der Erlaubnis zum Betrieb einer Gast- oder Schankwirtschaft spielt aber, wie im Laufe der Arbeit noch gezeigt werden wird, gerade die Feststellung, ob ein Bedürfnis für die nachgesuchte Wirtschaft vorhanden ist oder nicht, eine entscheidende Rolle. Mit Rücksicht hierauf ist auch die Frage nach der Möglichkeit einer richterlichen Ueberprüfung einer Entscheidung über ein Wirtschaftskonzessionsgesuch, in welcher die richtige Beurteilung des Bedürfnisses in Frage steht, bedeutsam.

Da jedoch, wie erwähnt, in den meisten deutschen Ländern die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte sich grundsätzlich nur auf die Nachprüfung von Rechtsfragen erstreckt, ist die Lösung der Streitfrage, ob die Prüfung des Bedürfnisses bei der Entscheidung über ein Wirtschaftskonzessionsgesuch zu den Rechtsfragen oder zu den Ermessensfragen gehört, von großer Bedeutung. Denn von der Beantwortung dieser Frage hing es ab, wenn man den Rechtszustand vor Erlaß des Gaststättengesetzes betrachtet, ob in manchen Ländern eine Nachprüfung der Bedürfnisfrage durch ein Verwaltungsgericht überhaupt stattfinden konnte. Zu den Erörterungen dieser Arbeit soll es daher gehören, insbesondere auch eine Untersuchung über den Rechtscharakter der Bedürfnisfrage des Wirtschaftskonzessionswesens anzustellen. Im Zusammenhang mit diesen Untersuchungen wird sich ein näheres Eingehen auf den Begriff des freien Verwaltungsermessens und auf die Art und Weise der Nachprüfung der Bedürfnisfrage durch ein auf Rechtskontrolle beschränktes Verwaltungsgericht nötig machen. Indem es sich die Arbeit zur Aufgabe stellt, einen allgemeinen Ueberblick über die rechtliche Behandlung der Bedürfnisfrage bei Wirtschaftskonzessionen zu geben, wird nach einer Betrachtung über den Begriff des Bedürfnisses (Kapitel 3) und den Nachweis des Bedürfnisses (Kapitel 4) in Kapitel 5 noch eine ausführliche Untersuchung darüber angestellt werden, in welchem Umfange sich nach den einschlägigen Gesetzen, Verordnungen und Entscheidungen der obersten Verwaltungsgerichte allgemeine Grundsätze für die Bejahung oder Verneinung des Bedürfnisses bei einem Antrag auf Erteilung der Erlaubnis zum Betrieb einer Gast- oder Schankwirtschaft feststellen lassen.

All' diesen Untersuchungen voran soll aber zunächst noch eine Uebersicht über die Entwicklung der Gesetzgebung in Bezug auf die Bedürfnisfrage gestellt werden.

2. Kapitel.
Geschichte der Gesetzgebung.

Wenn man die Entwicklung in der gesetzlichen Behandlung der Bedürfnisfrage des Wirtschaftskonzessionswesens betrachtet, so muß man feststellen, daß in dieser Gesetzgebung von der Zeit des Erlasses der ersten hier in Betracht kommenden gesetzlichen Bestimmungen an bis zur Regelung der Bedürfnisfrage im Gaststättengesetz von 1930 die Vorschriften über den Bedürfnisnachweis nach und nach immer mehr erweitert und verschärft worden sind.

I. Die Entwicklung in Preußen bis zum Jahre 1869.

Die erste hier zu erwähnende gesetzliche Bestimmung in der preußischen Gesetzgebung, die im preußischen Gesetz über die polizeilichen Verhältnisse vom 7. September 1811 erscheint, bezog sich nur auf die Errichtung von Schankstätten auf dem Lande. In § 55 des erwähnten Gesetzes wurde bestimmt, daß bei einem Antrag auf Erteilung der Erlaubnis zum Betrieb einer Schankstätte auf dem Lande die Genehmigung erst dann erteilt werden durfte, „wenn sich die Behörde von der wirklichen öffentlichen Nützlichkeit der Anlage überzeugt hatte." Diese Bestimmung kann man als Vorläuferin der späteren Vorschriften über den Bedürfnisnachweis ansehen. — Auch zur Errichtung einer städtischen Schankwirtschaft war allerdings eine besondere Erlaubniserteilung erforderlich. Nach dem erwähnten Gesetz über die polizeilichen Verhältnisse von 1811 (§§ 131 bis 133) erhielt derjenige, der ein Schankgewerbe betreiben wollte, nur dann den Gewerbeschein, wenn er ein Zeugnis der örtlichen Polizeibehörde beibringen konnte, in welchem die „Anstellung und Fortsetzung" seines Gewerbes für das nächste Jahr gestattet wurde. Nach §§ 1, 2 und 12 des Edikts über die Einführung einer allgemeinen Gewerbesteuer vom 2. November 1810 mußte der Gewerbeschein damals jedes Jahr von neuem nachgesucht werden. Bei der Errichtung von städtischen Schankwirtschaften kam aber nicht die einschränkende Bestimmung des § 55 des Gesetzes über die polizeilichen Verhältnisse von 1811 zur Anwendung, da diese Bestimmung sich nur auf ländliche Schankwirtschaften bezog.

Die Folge dieser gesetzlichen Regelung war ein schnelles Anwachsen der Zahl der Wirtschaften in den Städten. Hiergegen wollte man mit dem Ministerialreskript vom

7. Januar 1823 einschreiten. In diesem wurde bestimmt, daß die Polizei auch in den Städten eine Prüfung dahingehend vorzunehmen hatte, ob die neue Wirtschaft nach den jedesmaligen Bedürfnissen zulässig und angemessen sei. Diese Bestimmung wurde allerdings bereits am 30. April 1823 wieder aufgehoben.

Erst durch die Kabinettsorder vom 7. Februar 1835 wurden erneut strengere Bestimmungen in Bezug auf die Errichtung von Schankwirtschaften erlassen. Die Erlaubnis zum Beginn des Kleinhandels mit Getränken auf dem Lande oder zur Anlegung städtischer oder ländlicher Schankwirtschaften, mit welchen die Beherbergung von Fremden nicht verbunden war, sollte hiernach nur in den Fällen erteilt werden, in denen sich die Behörde von der Nützlichkeit und dem Bedürfnisse der Anlage überzeugt hatte.

Bei der Errichtung einer Gastwirtschaft wurde die Bedürfnisfrage demnach nicht nachgeprüft. Dies führte dazu, daß die Zahl der Gastwirtschaften erheblich zunahm; denn in vielen Fällen wurde der Betrieb einer Gastwirtschaft nur deshalb begonnen, um damit sogleich die Gelegenheit zum Ausschank von Getränken zu bekommen.

Diesem Uebelstande half man mit Erlaß der Kabinettsorder vom 21. Juni 1844 ab. Dort wurde bestimmt, daß nunmehr auch die Anlegung von Gastwirtschaften in kleinen Städten von der Bedürfnisfrage abhängig zu machen sei. Mit dieser Verordnung war man in der Lage, dem übermäßigen Anwachsen der Wirtschaften erfolgreich entgegenzutreten. Während in Preußen im Jahre 1843 schon auf 289 Einwohner eine Schankwirtschaft entfiel, kam im Jahre 1849 erst auf 343 Einwohner — und im Jahre 1861 sogar erst auf 487 Einwohner — eine Schankwirtschaft; an Gast-, Speise- und Schankwirtschaften zusammen entfiel im Jahre 1861 eine auf 258 Einwohner[3]).

II. Die Gewerbeordnung von 1869.

Die Entwürfe einer Gewerbeordnung für den Norddeutschen Bund von 1868 und 1869 schlossen sich, was die Regelung des Wirtschaftsgewerbes anbelangt, in der Hauptsache an dieses in Preußen bestehende Recht an. So heißt es in § 33 des Entwurfs von 1869:

„Wer Gastwirtschaften, Schankwirtschaften oder Kleinhandel mit Branntwein oder Spiritus betreiben will, bedarf dazu polizeilicher Erlaubnis. Diese Erlaubnis ist zu versagen 1.) ...., 2.) ...., 3.) wenn ein Be-

[3]) Die Zahlen sind bei Schmoller, Jahrbuch VII S. 1355 entnommen.

dürfnis zu einer solchen Anlage nicht vorhanden ist. Von dieser letzten Bestimmung ist jedoch bei den Gastwirtschaften in Orten von mehr als 1000 Einwohnern abzusehen."

Die Motive führen hierzu aus:[4] „Die Bedürfnisfrage endlich mußte aufrecht erhalten werden, um die Möglichkeit zu gewähren, der aus der Vervielfältigung der Schänken, namentlich in ländlichen und Fabrikdistrikten drohenden Förderung der Unsittlichkeit vorzubeugen. Das Gewerbe der Schankwirtschaft setzt weder Vorbildung noch ein erhebliches Kapital voraus, erfordert also gerade wegen seiner leichten Zugänglichkeit für Personen, denen die gewerbliche Arbeit nicht zusagt, im Interesse der guten Sitten eine Beschränkung. Bei Gastwirtschaften in Ortschaften von einiger Bedeutung dagegen konnte von der Bedürfnisfrage abgesehen werden, weil zu ihrer Einrichtung ein gewisses Kapital gehört."

Dieser Entwurf fand jedoch im Reichstag nicht die Zustimmung der Mehrheit, da man in dem Entwurf eine zu starke Beschränkung der Gewerbefreiheit erblickte. Es wurden daher mehrere Abänderungsvorschläge eingebracht.

Unter anderem beantragte Miquel den § 33 des Entwurfes in Bezug auf die Bedürfnisfrage folgendermaßen zu fassen:

„Es können jedoch die Landesregierungen die Erlaubnis zum Ausschenken von Branntwein und den Kleinhandel mit Branntwein oder Spiritus von dem Nachweis eines vorhandenen Bedürfnisses abhängig machen."

Dieser Antrag fand mit geringer Abänderung Annahme im Reichstag[5]). Der § 33 enthielt, was die Bedürfnisfrage anbetrifft, nunmehr folgende Fassung:

„Es können jedoch die Landesregierungen, soweit die Landesgesetze nicht entgegenstehen, die Erlaubnis zum Ausschenken von Branntwein und den Kleinhandel mit Branntwein oder Spiritus auch von dem Nachweis eines vorhandenen Bedürfnisses abhängig machen."

Mit der Gründung des Deutschen Reiches kam die Gewerbeordnung nach und nach im ganzen Reichsgebiet zur Geltung. In Sachsen wurde die Gewerbeordnung am 1. Januar 1871, in Baden und Württemberg am 1. Januar 1872, in Bayern teilweise am 1. Juli 1872, vollständig am 1. Juni 1873 als Reichsgesetz eingeführt. In

[4]) Drucksache des Reichstages von 1869 I Nr. 13 S. 67.

[5]) Sten. Ber. des Reichstages des Nordd. Bundes von 1869 I S. 357 ff., II. S. 1083 ff.

Elsaß-Lothringen trat die Gewerbeordnung am 1. Januar 1889 in Kraft.

In der Folgezeit zeigt es sich nun, daß die Bestimmungen der Gewerbeordnung von 1869 über das Wirtschaftsgewerbe viel zu milde waren. Die Zahl der Wirtschaften nahm außerordentlich zu. Es wurden hauptsächlich viele Wirtschaften mit Bier- und Weinausschank neu aufgemacht, da bei diesen die Bedürfnisfrage nach den Bestimmungen der Gewerbeordnung nicht nachzuprüfen war.

Die folgenden Zahlen, die aus der Begründung zum Gesetz betreffend die Abänderung einiger Bestimmungen der Gewerbeordnung[6]) entnommen sind, zeigen das Anwachsen der Wirtschaften in den Jahren 1869 bis 1877.

Es haben sich für den Umfang der nachstehend genannten Staatsgebiete vermehrt

1. Preußen:

In der Zeit von Ende 1869 bis Anfang 1877 die Gastwirtschaften von 42 187 auf 60 912, also um 44 %,
die Schankwirtschaften von 69 869 auf 86 055, also um 23 %,
diese Anlagen zusammen von 112 056 auf 146 967, also um 31 %.

2. Bayern:

In der Zeit von Anfang 1872 bis Anfang 1877 die Gastwirtschaften von 11 228 auf 13 862, also um 23 %,
die Schankwirtschaften von 13 114 auf 19 471, also um 48 %,
diese Anlagen zusammen von 24 312 auf 33 333, also um 36 %.

3. Sachsen:

In der Zeit von Ende 1869 bis Anfang 1878 die Gastwirtschaften von 4048 auf 4425, also um 9 %,
die Schankwirtschaften von 7048 auf 10 593, also um 50 %,
diese Anlagen zusammen von 11 096 auf 15 018, also um 35 %.

4. Württemberg:

In der Zeit von Anfang 1872 bis Mitte 1878 die Gastwirtschaften von 7 239 auf 8 313, also um 14 %,
die Schankwirtschaften von 7707 auf 13 276, also um 72 %,
diese Anlagen zusammen von 14 946 auf 21 589, also um 44 %.

Erwähnt sei noch, daß dieses Anwachsen der Wirtschaften weit den Prozentsatz überstieg, in dem die Bevölkerung anwuchs. Es nahm beispielsweise in Preußen die Bevölkerung von 24 336 171 Seelen im Jahre 1869 auf 26 542 653 Seelen am 1. 1. 1878 zu. Berücksichtigt man diese Bevölkerungszunahme, so ergibt sich für Preußen in den

[6]) Sten. Ber. über die Verh. d. deutschen Reichstages 4. Legislaturperiode II. Session 1879, V. Bd. S. 1327.

Jahren 1869 bis 1877 dennoch eine neunprozentige Zunahme der Wirtschaften[7]).

III. Die Novelle von 1879.

Um diesen Uebelständen abzuhelfen, wurde die Novelle vom 23. 7. 1879 erlassen. Die darin enthaltenen Verschärfungen der Bestimmungen des § 33 Gew.O. bezogen sich auf die Bedürfnisfrage. Der § 33 wurde wie folgt abgeändert:

„Die Landesregierungen sind befugt, außerdem zu bestimmen, daß

a) die Erlaubnis zum Ausschenken von Branntwein oder zum Kleinhandel mit Branntwein oder Spiritus allgemein;

b) die Erlaubnis zum Betrieb der Gastwirtschaft oder zum Ausschenken von Wein oder Bier oder anderen nicht unter a) fallenden geistigen Getränken in Ortschaften mit weniger als 15000 Einwohnern, sowie in solchen Ortschaften mit einer größeren Einwohnerzahl, für welche dies durch Ortsstatut § 142 festgesetzt wird, von dem Nachweis eines vorhandenen Bedürfnisses abhängig sein solle."

In der Begründung wird hierzu ausgeführt, daß diese Abänderung deshalb nötig sei, weil schon seit mehreren Jahren festgestellt werden müsse, daß die Zahl der Wirtschaften, in denen geistige Getränke verabreicht werden, in einem Maße ansteige, das in keinem Verhältnis zu der Zunahme der Bevölkerung stehe[8]).

Was die Bedürfnisfrage anbetrifft, so blieb es bei dieser in der Novelle von 1879 getroffenen Regelung bis zum Notgesetz vom 24. Februar 1923.

Die Reichsregierung hatte Anfang der neunziger Jahre dem Reichstag einen Gesetzentwurf zur Bekämpfung der Trunksucht[9]) vorgelegt. Nach diesem Entwurf sollte der Bedürfnisnachweis ganz allgemein als Voraussetzung für jede Erlaubnis zum Betriebe einer Gast- und Schankwirtschaft eingeführt werden. Dieser Entwurf blieb unerledigt.

Die Bestrebungen in dieser Richtung gingen jedoch weiter[10]). In der Session von 1912 bis 1914 wurde der

[7]) Welsch Diss. 1912 in Annalen des Deutschen Reichs von 1912 Nr. 2 S. 130.

[8]) Sten. Ber. über die Verhandl. des Dt. Reichstages 4. Legislaturperiode II. Session 1879 Bd. V Nr. 156 S. 1327 links.

[9]) R T V 1890/92 Drucks. Nr. 593.

[10]) Vergl. z. B. Bericht der Pet. Komm. RT Drucks. Nr. 735 und 875 von 1912 und Reichstagsbeschluß vom 3. 5. 1911; ferner Bericht der Pet. Komm. RT Drucks. Nr. 818 von 1912.

Entwurf einer Novelle zur Gewerbeordnung[11]) vorgelegt, die die Mißstände im Schankstättenwesen bessern sollte. Aber auch dieser Entwurf blieb unerledigt, da der Reichstag, ehe der Entwurf zur endgültigen Beratung kam, geschlossen wurde.

Die noch bestehenden Mängel in der gesetzlichen Regelung des Wirtschaftskonzessionswesens waren insbesondere darauf zurückzuführen, daß nach den Vorschriften der Novelle von 1879 noch nicht bei allen Anträgen auf Erteilung der Erlaubnis zum Betrieb von Gast- und Schankwirtschaften eine Nachprüfung der Bedürfnisfrage stattfinden mußte. Es hatten zwar sämtliche Landesregierungen von der ihnen in der Novelle von 1879 erteilten Ermächtigung Gebrauch gemacht; dagegen gab es aber nicht wenige Gemeinden mit mehr als 15000 Einwohnern, die kein Ortsstatut zur Einführung des Bedürfnisnachweises erließen. Nach dem damaligen Stand der Gesetzgebung mußte sonach die Bedürfnisfrage allgemein nur bei Anträgen auf Erteilung der Erlaubnis zum Ausschenken von Branntwein und bei den Anträgen auf Erteilung der Erlaubnis zum Betrieb einer Gastwirtschaft oder zum Betrieb einer Schankwirtschaft mit Ausschank von Wein und Bier in Ortschaften mit weniger als 15000 Einwohnern nachgeprüft werden. In vielen größeren Städten war dagegen bei einer Erlaubniserteilung an eine Gastwirtschaft oder an eine Schankwirtschaft mit Ausschank von Wein und Bier der Nachweis des Bedürfnisses überhaupt nicht nötig, da ja eben viele Städte kein entsprechendes Ortsstatut zur Einführung des Bedürfnisnachweises erlassen hatten. Der Gesetzgeber war davon ausgegangen, daß in den größeren Städten eine behördliche Prüfung der Bedürfnisfrage „nur unter dem Einfluß besonderer örtlicher Verhältnisse ausführbar sei"[12]. Zur richtigen Beurteilung dieser örtlichen Verhältnisse wurden aber nur die Gemeinden selbst als sachverständig erachtet und ihnen deshalb die Wahl gelassen, ob sie den Bedürfnisnachweis durch Ortsstatut einführen wollten oder nicht. In der Begründung zur Novelle von 1879 heißt es hierzu: „den größeren Gemeinden eine solche Mitwirkung einzuräumen schien nicht nur unbedenklich, sondern auch durch die Rücksicht auf die Selbstverwaltung der größeren Kommunen geboten."

In denjenigen größeren Städten, die kein Ortsstatut zwecks Einführung des Bedürfnisnachweises erlassen hat-

---

[11]) RT Drucks. Nr. 1431.
[12]) Begründung zur Novelle von 1879.

ten, mußte sonach die Bedürfnisfrage lediglich bei einem Antrag auf Erteilung der Erlaubnis zum Ausschenken von Branntwein nachgeprüft werden; denn diese Nachprüfung konnte nach der Novelle von 1879 nicht von dem Erlaß eines Ortsstatuts abhängig gemacht werden, sondern war gesetzlich vorgeschrieben. - Die unterschiedliche Behandlung der Bedürfnisfrage nach der Größe der Ortschaften bei Gastwirtschaften und bei Wirtschaften mit Ausschank von Bier und Wein war schon deshalb unbefriedigend, weil diese Regelung natürlich zu einem raschen Anwachsen der Zahl dieser Wirtschaften in denjenigen größeren Ortschaften, in denen kein Ortsstatut erlassen worden war, führte. —

Die damaligen Bestrebungen hinsichtlich der gesetzlichen Neuregelung des Wirtschaftskonzessionswesens zielten demnach auch mit Recht darauf hin, den Nachweis des Bedürfnisses gesetzlich ganz allgemein als Voraussetzung für die Erteilung einer jeden Wirtschaftskonzession einzuführen.

Die Zahl der Anhänger der Mäßigkeitsbestrebungen nahm damals immer mehr zu. Auf ihre Anregung hin kam es im Jahre 1923 zur Aufstellung eines Entwurfs zu einem Schankstättengesetz. Dieses sollte ein Spezialgesetz werden; die betreffenden Bestimmungen sollten aus der Gewerbeordnung herausgenommen und in diesem Spezialgesetz zusammenfassend neu geregelt werden.

IV. Das Notgesetz von 1923.

Zu dieser Zeit befand sich nun Deutschland in einem besonderen Notzustand, der sich sowohl in politischer als auch in wirtschaftlicher Beziehung scharf auswirkte. Hervorgerufen war diese Notlage hauptsächlich durch den widerrechtlichen Einbruch der Franzosen in das deutsche Ruhrgebiet.

Die im Schankstättenwesen immer noch bestehenden Mißstände es ist hier besonders auf das schnelle Anwachsen der sogenannten Dielenbetriebe in der Nachkriegszeit hinzuweisen standen zu der allgemeinen Notlage in schroffem Widerspruch. Diese Verhältnisse zwangen den Gesetzgeber zu schnellstem Handeln. Während noch der oben erwähnte Entwurf dem Reichsrat und Reichswirtschaftsrat vorlag, erging das Notgesetz vom 24. Februar 1923[13]).

In Artikel I brachte das Notgesetz eine wesentliche Verschärfung der Bestimmungen über die Erteilung einer Erlaubnis zum Betrieb von Schank- und Gastwirtschaften.

[13]) RGBl. I S. 147.

So wurde, was hier besonders interessiert, die Erteilung der Erlaubnis jetzt von Reichswegen durchweg vom Nachweis eines Bedürfnisses abhängig gemacht[14]).

Durch das Notgesetz wurde der Bedürfnisnachweis für Gast- und Schankwirtschaften in Orten mit mehr als 15000 Einwohnern, auch soweit in diesen Orten kein Ortsstatut (§§ 33 Abs. 3, 142 Gew.O.) erlassen worden war, allgemein eingeführt. Das Notgesetz hob also die unterschiedliche Behandlung der Ortschaften nach der Größe der Einwohnerzahl auf. Ferner mußte nach dem Notgesetz auch bei der Erlaubniserteilung an eine Schankwirtschaft, in der nur alkoholfreie Getränke zum Ausschank kommen, auf die Bedürfnisfrage Rücksicht genommen werden; dies war nach der Fassung des § 33 Gew.O. bis zum Jahre 1923 nicht der Fall gewesen. Durch das Notgesetz war hinsichtlich der Bedürfnisfrage nunmehr eine einheitliche Regelung für das ganze Reichsgebiet getroffen worden. Mit der Verschärfung der Bestimmungen über die Nachprüfung der Bedürfnisfrage erhoffte man eine Handhabe zur Bekämpfung des übermäßigen Anwachsens der Gast- und Schankwirtschaften zu bekommen.

Am 27. Februar 1923, dem Tage seiner Verkündung, trat das Notgesetz in Kraft.

V. Das Gaststättengesetz von 1930.

Der Entwurf des Schankstättengesetzes wurde dem Reichstag als Drucksache Nr. 5910[15]) am 6. Juni 1923 vorgelegt. Er kam den Forderungen der Alkoholgegner sehr weit entgegen. So enthielt er u. a. das Gemeindebestimmungsrecht[16]). Der Entwurf wurde lebhaft bekämpft und gelangte so nicht zur Erledigung.

---

[14]) Art. I § 1 Abs. 2.

[15]) RTV 1920/23.

[16]) Mit der Einführung des Gemeindebestimmungsrechts erstrebte man den Erlaß von gesetzlichen Bestimmungen, nach denen der Ausschank geistiger Getränke für eine Gemeinde oder einen Gemeindebezirk von den Wahlberechtigten durch Abstimmung geregelt werden sollte. So waren in § 26 des Entwurfs vom 6. Juni 1923 folgende Bestimmungen aufgenommen worden: „Durch Landesgesetz kann angeordnet werden, daß auf Verlangen eines Fünftels der zur Gemeindewahl berechtigten Mitglieder einer Gemeinde oder eines Gemeindebezirks in der Gemeinde oder dem Gemeindebezirk darüber abgestimmt wird, ob in der Gemeinde oder dem Gemeindebezirke

1. für neu zu errichtende Gast- und Schankwirtschaften die Erlaubnis, geistige Getränke auszuschenken, künftig noch erteilt werden darf oder nicht,
2. die Erlaubnis, geistige Getränke auszuschenken, für bestehende Gast- und Schankwirtschaften im Falle des Besitzwechsels erneuert werden darf oder nicht,
3. das Ausschänken und Verabfolgen geistiger Getränke oder bestimm-

Am 20. Mai 1927 wurde dem Reichstag ein neuer Entwurf eines Schankstättengesetzes vorgelegt. Anregung zu diesem Entwurf hatte eine Resolution nach Antrag Strathmann und Genossen[17]) gegeben, in der die Reichsregierung um Vorbereitung eines solchen Entwurfs ersucht wurde. Dieser Entwurf enthielt weder das Gemeindebestimmungsrecht noch das sog. Gothenburger System[18]).

---

ter Arten solcher Getränke
a) nur im Kleinhandel oder
b) nur in Gast- und Schankwirtschaften oder
c) in Gast- und Schankwirtschaften und im Kleinhandel

verboten werden soll.

Wenn drei Viertel aller Wahlberechtigten sich an der Abstimmung beteiligen und zwei Drittel der gültigen Stimmen für das Verbot abgegeben werden, hat die zuständige Behörde binnen zwei Monaten nach dem Tage der Abstimmung entsprechende Anordnungen zu erlassen. Das Verbot, geistige Getränke auszuschenken oder zu verabfolgen (Ziffer 3), wird sechs Monate nach der Verkündung wirksam.

Eine neue Abstimmung darf erst 5 Jahre nach einer früheren Abstimmung zugelassen werden. Die erlassenen Aenderungen dürfen nur aufgehoben oder eingeschränkt werden, wenn an der neuen Abstimmung drei Viertel aller Wahlberechtigten sich beteiligen und zwei Drittel der gültigen Stimmen für eine Aufhebung oder Einschränkung abgegeben werden.

Die Erlaubnis ruht während der Dauer des Verbots, geistige Getränke auszuschenken oder zu verabfolgen, in dem Umfange der Einschränkung.

Nach zwölfjähriger Dauer des Verbots erlischt die Erlaubnis, soweit sie von dem Verbot betroffen war.

Die oberste Landesbehörde erläßt die erforderlichen Ausführungsbestimmungen."

[17]) RT 1924/27 Nr. 585.

[18]) Dieses System kommt aus Schweden. In der schwedischen Stadt Gothenburg wurde im Jahre 1865 zum Zwecke der Bekämpfung der Trunksucht die Gothenburger Ausschanks-Aktiengesellschaft gegründet. Dieser wurden nach Zustimmung der städtischen und Regierungsbehörden alle freiwerdenden Konzessionen übertragen. Die Gesellschaft hatte das Ziel, durch die vernünftige Beschränkung der Zahl der Wirtschaften und der damit verbundenen Vermeidung des Alkoholgenusses besonders für die ärmere Bevölkerung gesündere soziale Zustände zu schaffen. Um dieses Ziel zu erreichen, mußten in allen Betrieben, die der Gesellschaft nach und nach angegliedert wurden, bei dem Ausschank von alkoholhaltigen Getränken besondere Vorschriften beobachtet werden. So durften z. B. an „angetrunkene" Personen und an Minderjährige keine geistigen Getränke verabreicht werden; an Sonn- und Feiertagen war der Ausschank von Spirituosen gänzlich verboten. In den Betrieben der Gesellschaft wurden Speisesäle für Arbeiter eingerichtet, in denen kein Branntwein ausgeschenkt werden durfte. Der Gewinn der Gesellschaft wurde für öffentliche Wohlfahrtseinrichtungen verwendet. Da die Gesellschaft bei ihren Bestrebungen gute Erfolge hatte, wurde das Gothenburger System in fast allen Städten Schwedens und Norwegens, sowie in Finnland nach und nach eingeführt.

Die Reichstagsauflösung verhinderte jedoch auch die Erledigung dieses Entwurfs.

Am 13. Juli 1928 wurde der Entwurf dem Reichstage erneut vorgelegt und zwar in unveränderter Fassung.

Der Reichstag überwies nach der ersten Beratung[19] den Entwurf an den volkswirtschaftlichen Ausschuß. In diesem Ausschuß kam schließlich eine Einigung auf der Grundlage des Entwurfs zustande[20]. Die Vorlage wurde dann vom Plenum des Reichstages in zweiter Beratung am 27./28. März und 1. und 8. April 1930[21] und in dritter Beratung am 8. April 1930[22] erledigt.

Das Gesetz trägt den Titel „Gaststättengesetz" und das Datum vom 28. April 1930. Es wurde im RGBl. 1930 I Nr. 14 S. 145 verkündet.

Wie das Notgesetz von 1923, so bestimmt auch das Gaststättengesetz (in § 1 Ziff. 2), daß bei jeder Gastwirtschaft und Schankwirtschaft die Erlaubnis nur dann erteilt werden darf, wenn ein Bedürfnis nachgewiesen wird.

Die Begründung führt hierzu aus, daß die Beibehaltung dieser grundsätzlichen Vorschrift als geeignetes Mittel zur Bekämpfung von Auswüchsen des Alkoholgenusses unerläßlich wäre. „Eine strenge und gründliche Prüfung der Bedürfnisfrage entspricht dem allgemeinen Wohl, aus naheliegenden Gründen aber auch dem des Gewerbes selbst"[23]. Jn Bezug auf die Regelung der Bedürfnisfrage enthält das Gaststättengesetz mehrere neue Bestimmungen. So wird in § 1 Ziff. 3 Gast.Ges. die Reichsregierung ermächtigt, mit Zustimmung des Reichsrats die Voraussetzungen zu bestimmen, unter denen ein Bedürfnis (Ziffer 2) für die Erlaubniserteilung anzuerkennen oder zu verneinen ist. Eine weitere wichtige Neuregelung findet sich in § 18 Ziff. 2 Gast.Ges. Dort wird bestimmt, daß in denjenigen Ländern, in denen ein Verwaltungsstreitverfahren stattfindet, auch der Nachweis des Bedürfnisses (§ 1 Ziff. 2) der gerichtlichen Nachprüfung unterliegen muß. Neu ist ferner die Bestimmung des § 21 Abs. 2 Gast.-Ges. über die Möglichkeit der Anordnung einer Sperrfrist. Nach dieser Vorschrift des Gaststättengesetzes kann die oberste Landesbehörde oder die von ihr bestimmte Stelle, wenn nach ihrem Ermessen die Zahl der nach § 1 Abs. 1 erlaubnispflichtigen Betriebe in einem Bezirke das Be-

[19] Sten. B. S. 208 C).
[20] RTV 1928 Drucks. Nr. 1791 Aussch. Ber.
[21] St. B. S. 4701 ff, 4711 ff, 4779 ff, 4818 ff.
[22] St. B. S. 4822 ff.
[23] Begründung zum Entwurf eines Schankstättengesetzes, Reichstag IV. Wahlperiode 1928 Nr. 347 S. 11 rechts.

dürfnis übersteigt, für längstens drei Jahre eine Sp
frist anordnen. Schließlich befindet sich noch in §
Abs. 1 und 2 des Gaststättengesetzes eine Neuregel
über die Behandlung des Bedürfnisnachweises bei R
gewerbeberechtigungen. Während nach dem Rechtszust
vor Erlaß des Gaststättengesetzes, wie im 7. Kapitel
Arbeit ausführlicher besprochen werden wird, die
dürfnisfrage bei Realgewerbeberechtigungen nicht na
geprüft werden konnte, können jetzt auf Grund der ne
Vorschriften in § 24 Abs. 1 und 2 des Gaststättengese
in bestimmten, in § 24 des Gaststättengesetzes genann
Fällen, die in Kapitel 7 der Arbeit noch genau erör
werden, die Bestimmungen über den Bedürfnisnachv
auch auf Realgewerbeberechtigungen Anwendung find

Bei den Beratungen über das Gaststättengesetz spi
die Frage, ob man eine gesetzliche Bestimmung erlas
sollte, nach der bei der Entscheidung über die Bedürf
frage ein bestimmtes Verhältnis zwischen der Zahl
vorhandenen Wirtschaften und der Einwohnerzahl
grunde zu legen ist, eine große Rolle. Der Gedanke,
Errichtung neuer Schankstätten von Maximalzahlen
hängig zu machen, war nicht neu. Dieser Vorschlag wu
z. B. bereits im Jahre 1890 von Schmoller gemach
In der ersten Beratung war vom Ausschuß beschlos
worden, daß in das Gaststättengesetz eine solche R
tionszahl aufzunehmen sei. Es sollte hiernach das V
handensein eines Bedürfnisses verneint werden, w
in einer Ortschaft auf 400 Einwohner bereits mehr
ein Gast- oder Schankwirtschaftsbetrieb entfiel. Gegen
sen Beschluß wurden, da bei einer Bindung der Bed
nisprüfung an eine starre Zahl z. B. die Größe und
eines Einzelbetriebes überhaupt nicht berücksichtigt w
den kann, in den Ausschußberatungen von den Vertret
der Reichsregierung und den Vertretern der Landesre
rungen mit Recht starke Bedenken geltend gemacht.
Ausschuß hob dann auch in der zweiten Lesung den
schluß wieder auf. Auch im Plenum des Reichstages w
den die Anträge der Abgeordneten Mumm und Gen.
Stoeckner und Gen.[25]), die auf Einführung einer R
tionszahl hinzielten, abgelehnt[26]).

Schließlich muß hier noch darauf hingewiesen werd
daß die oben erwähnte Bestimmung in § 1 Zif. 3 Gast.G
nach der es der Reichsregierung vorbehalten wurde,

[24]) Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtsc
14. Jahrgang 1890 S. 178.
[25]) Reichstag Drucks. Nr. 1869 und 1878.
[26]) Ber. über die 156. Sitzung S. 4818.

gemeine Grundsätze für die Nachprüfung der Bedürfnisfrage aufzustellen, vom Reichsrat beanstandet worden war. Der Reichsrat glaubte in dieser Bestimmung einen Eingriff in die bisherige Zuständigkeit der Länder erblicken zu müssen. Es wurde u. a. auch geltend gemacht, daß z. B. in den Weinbauländern bei der Feststellung eines Bedürfnisses für Weinstuben, die sich hier zum Teil auf den Ausschank offener Weine beschränkten, andere Maßstäbe zur Anwendung kommen müßten als in den anderen Ländern. Ferner wäre es nicht richtig, wenn man ein Land, in dem große Städte liegen, genau nach denselben Grundsätzen beurteilen wolle, wie ein Land mit mittleren bezw. kleinen Städten.

Die Reichsregierung hielt jedoch an ihrem Vorschlag fest und machte besonders darauf aufmerksam, daß es bei der Bedeutung der Bedürfnisfrage im allgemeinen Interesse liege, diese Frage einheitlich im ganzen Reichsgebiet zu regeln. Uebrigens hätten ja die Länder die Möglichkeit, durch Ergänzung der Reichsvorschriften auf die Eigenart der einzelnen Landesteile genügend Rücksicht zu nehmen.

Auf Grund des § 1 Abs. 3 Gast.Ges. hat die Reichsregierung mit Verordnung vom 21. Juni 1930[27]) Grundsätze für die Prüfung der Bedürfnisfrage aufgestellt. Nach Absatz 3 des § 1 Gast.Ges. kommen jetzt Anordnungen der obersten Landesbehörde in dieser Hinsicht nicht mehr in Frage, es sei denn, daß sie lediglich ergänzender Natur sind. Deshalb wurden z. B. die in Preußen bestehenden Ministerialerlasse[28]), in denen bestimmte Richtlinien zur Entscheidung der Bedürfnisfrage gegeben wurden, durch Ziffer III der preußischen Ausführungsbestimmungen vom 5. Juni 1930[29]) aufgehoben.

3. Kapitel.

Der Begriff des Bedürfnisses.

Der Begriff des Bedürfnisses erhält seinen Inhalt erst dadurch, daß man ihn zu einem bestimmten Gegenstand in Beziehung setzt. Die Bedeutung im Einzelfalle erhält er wiederum erst durch die Beziehungsetzung zu einer bestimmten Person, bei der das Bedürfnis besteht.

Ein Bedürfnis ist bei jemandem dann vorhanden, wenn er einer bestimmten Sache bedarf und ihm diese Sache

---

[27]) RGBl. I S. 191.

[28]) Min.-Erl. v. 17. März 1927 (M. Bl. i. V. S. 347), vom 27. März 1928 (M. Bl. i. V. S. 353) und vom 19. Dezember 1929 (M. Bl. i. V. 1930 S. 3).

[29]) Min.-Bl. i. V. S. 541.

nicht oder nicht in ausreichendem Maße zur Verfügung steht[30]). Das in § 1 Abs. 2 des Gast.Ges. (und in § 33 Gew.-Ordn.) erwähnte Bedürfnis bezieht sich nun, wie der Zusammenhang mit dem Absatz 1 ergibt, auf eine Gast- oder Schankwirtschaft und auf den Kleinhandel mit Branntwein. Eine Gastwirtschaft liegt dann vor, wenn jemand ein offenes Lokal hält, um Personen mit oder ohne Verpflegung gewerbsmäßig zu beherbergen. Ein Lokal ist als „offen" zu bezeichnen, wenn zu ihm jedermann oder wenigstens gewisse Kreise der Bevölkerung Zutritt haben[31]).

Die Schankwirtschaft besteht in dem gewerbsmäßigen Ausschank von Getränken zum unmittelbaren Genuß an Ort und Stelle. —

Ohne auf Einzelheiten näher einzugehen, soll an dieser Stelle nur bemerkt werden, daß jetzt nach § 3 Gast.Ges. bei Gast- und Schankwirtschaften die Erlaubnis für eine bestimmte Betriebsart, für bestimmte Arten von Getränken und für bestimmte Räume zu erteilen ist und daß in der Erlaubnis zum Betrieb einer Gastwirtschaft oder zum Ausschank geistiger Getränke zugleich auch die Erlaubnis zum Ausschank nichtgeistiger Getränke enthalten ist. –

Daß ein Bedürfnis nach Gast- und Schankwirtschaften bei den heutigen Wirtschafts- und Verkehrsverhältnissen überhaupt besteht, kann wohl ohne Zweifel bejaht werden; man braucht nur an Personen zu denken, welche sich auf Reisen, Wanderungen usw. befinden, um zu diesem Ergebnis zu gelangen. Aus der Fülle der Beispiele, die man hier zur Begründung dafür anführen kann, daß ein Bedürfnis nach Gast- und Schankwirtschaften überhaupt vorhanden ist, soll nur noch erwähnt werden, daß schließlich ein Bedürfnis nach Wirtschaften auch bei denjenigen Personen festgestellt werden kann, die die Wirtschaften nur zum Zwecke der Unterhaltung, Abwechslung usw. aufsuchen.

Als Träger des Bedürfnisses im Sinne des § 1 Gast.Ges. (§ 33 Gew.O.) sind diejenigen Personen anzusehen, bei denen das Bedürfnis nach Beherbergung bezw. nach Genuß von Getränken besteht.

Es muß sich, wenn das Bedürfnis im Sinne der erwähnten Gesetzesbestimmungen bejaht werden soll, immer um einen gewissen Kreis von Personen handeln, bei denen ein Bedarf nach Beherbergung oder nach Genuß von Getränken vorhanden ist. Das Bedürfnis braucht demnach

---

[30]) So formuliert von Olshausen, Preuß, Verw. Bl. 45 Jahrgang Nr. 466.

[31]) Entsch. d. preuß. Kammerger. v. 13. 2. 1896, Reger Bd. 17 S. 2.

nicht in jedem Falle ein allgemeines zu sein, das von jedermann empfunden wird. Es ist vielmehr anerkannt, daß auch auf Besonderheiten einzelner Teile des Publikums Rücksicht zu nehmen ist[32]. Wie groß der betreffende Kreis der Personen sein muß, läßt sich nicht ohne weiteres zahlenmäßig festlegen; es kommt dabei immer auf die konkreten Verhältnisse des einzelnen Falles an.

Nach der Begründung des Entwurfs eines Schankstättengesetzes[33] kann für die Bejahung der Bedürfnisfrage nur ein nach Würdigung aller Umstände festgestelltes sachliches Interesse maßgebend sein. Da es sich zumeist um ein öffentliches Interesse handele, müsse regelmäßig ein Bedürfnis weiterer Kreise vorliegen. Allerdings könnte man, so fährt die Begründung fort, in manchen Fällen auch bei einem kleineren Kreis von Beteiligten (z. B. bei Kantinen in Hochschulen oder Fabriken) ein Bedürfnis anerkennen. Die Annahme des Bedürfnisses würde auch nicht dadurch ausgeschlossen, daß es sich auf einen bestimmten Personenkreis (wie bei geselligen Vereinen oder bei Konsumen) beschränke.

Auf die privaten Interessen einzelner Personen an der Erteilung der Erlaubnis — z. B. des Gesuchstellers an der Begründung einer Existenz, des Brauereibesitzers an der Vergrößerung des Bierumsatzes, des Hauswirts an der Erhöhung der Miete — darf aber keine Rücksicht genommen werden. Auch besondere Anregungen und Wünsche einer größeren Anzahl von Personen in Bezug auf die Neuerrichtung einer Gast- oder Schankwirtschaft können nur insoweit Beachtung finden, als die Genehmigung der neuen Wirtschaftskonzession zugleich auch vom öffentlichen Standpunkt des Staates aus als zweckmäßig und geboten erscheint, d. h. insbesondere nicht zu der vom Gesetzgeber mit der Einführung des Bedürfnisnachweises im Wirtschaftskonzessionswesen erstrebten vernünftigen Beschränkung des ungesunden Anwachsens der Zahl der Gast- und Schankwirtschaften im Widerspruch steht.

Wenn sich also beispielsweise eine größere Anzahl von Personen zusammenfindet, die aus irgendwelchen Gründen gern in einer bestimmten neuen Wirtschaft zu verkehren wünschen und deshalb zur Unterstützung des von dem Gesuchsteller eingereichten Antrags auf Erteilung der Erlaubnis zum Betrieb dieser neuen Wirtschaft sich

---

[32]) Urteil d. braunschweigischen VGH v. 1. 3. 1905, Gew. Arch. 5 S. 247.

[33]) Reichstag IV. Wahlperiode 1928 Drucks. Nr. 347 S. 11.

in eine Liste eintragen, in welcher sie das Vorliegen des Bedürfnisses für die beantragte Wirtschaft bestätigen, so kann ein solches Vorbringen für die Prüfung der Bedürfnisfrage durch die Erlaubnisbehörde, bei welcher der Antrag unter gleichzeitiger Einreichung der erwähnten Liste gestellt wird, nicht ausschlaggebend sein[34]).

Zusammenfassend kann jetzt festgestellt werden, daß man von dem Vorliegen eines Bedürfnisses im Sinne des § 1 Gast.Ges. (bezw. § 33 Gew.O.) dann sprechen kann, wenn bei Ausschluß aller privater Interessen einzelner Personen vom Standpunkt der Allgemeinheit aus unter besonderer Berücksichtigung der vom Gesetzgeber erstrebten vernünftigen Beschränkung der Zahl der Gast- und Schankwirtschaften ein Bedarf nach Beherbergung oder nach Genuß von Getränken in Wirtschaften bei der Bevölkerung allgemein oder wenigstens bei einem gewissen Kreis von Personen anerkannt werden kann.

Auf welche Umstände im einzelnen bei der Bejahung oder Verneinung der Bedürfnisfrage von der Erlaubnisbehörde zu achten ist, wird im 5. Kapitel dieser Arbeit gezeigt, wo die Grundsätze für die Prüfung des Bedürfnisses unter Heranziehung der hierüber ergangenen besonderen Verordnungen der Reichsregierung und der Länderregierungen und der bisherigen einschlägigen Rechtsprechung der obersten Verwaltungsgerichte noch ausführlicher besprochen werden. Hier sollte ja nur kurz erläutert werden, in welchem Sinne der vom Gesetzgeber in § 1 Gast.Ges. verwendete Begriff „Bedürfnis" überhaupt verstanden werden muß.

4. Kapitel.

Der Nachweis des Bedürfnisses.

Den Nachweis für das Vorhandensein des Bedürfnisses hat, wie das preußische Oberverwaltungsgericht schon für den Rechtszustand vor Erlaß des Gaststättengesetzes ausgesprochen hat, derjenige zu erbringen, von dem das Konzessionsgesuch eingereicht worden ist[35]). Die Erlaubnisbehörde kann zwar von Amtswegen Erhebungen anstellen, sie ist aber im Regelfalle, nämlich bei einem Antrag auf Erteilung der Erlaubnis zum Betriebe einer Gast- oder Schankwirtschaft mit Ausschank von geistigen Getränken,

[34]) Entsch. d. braunschw. VGH vom 26. 9. 1906, braunschw. Zf. f. Rechtspflege 54. Jahrgang S. 28 und vom 22. 1. 1912, Braunschw. Zf. f. Rechtspflege 59. Jahrg. S. 26.

[35]) Urteil vom 20. Sept. 1883, Entsch. Bd. 10 S. 332 und vom 12. Januar 1885, zitiert bei Bochmann S. 128.

nicht dazu verpflichtet[36]). Bei einer solchen Wirtschaft besteht, wie sich aus der Begründung zur Verordnung der Reichsregierung vom 21. Juni 1930[37]) ergibt, eine Vermutung für das Nichtvorhandensein eines Bedürfnisses, die erst durch den Nachweis besonderer Umstände entkräftet werden muß. Der Antragsteller hat also bei der Einreichung seines Konzessionsgesuches zugleich alle diejenigen Umstände anzuführen, die nach seiner Ansicht eine Bejahung des Bedürfnisses für die neue Wirtschaft rechtfertigen können. Gelingt es dem Antragsteller nicht, nachzuweisen, daß ein Bedürfnis für die von ihm beantragte Wirtschaft vorhanden ist, dann wird sein Antrag, auch wenn die Person des Antragstellers einwandfrei und das Lokal sehr geeignet ist, abgelehnt[38]). Nur in denjenigen Fällen, in denen es sich um den Antrag auf Erteilung der Erlaubnis zum Ausschank von alkoholfreien Getränken handelt, tritt eine Umkehr der Beweislast für den Nachweis des Bedürfnisses ein. Gemäß § 1 der Verordnung der Reichsregierung vom 21. Juni 1930 ist nämlich bei Anträgen auf Erteilung der Erlaubnis zum Ausschank von nichtgeistigen Getränken, insbesondere von Milch, das Bedürfnis in der Regel anzuerkennen. Mit dieser Bestimmung wird, wie die Begründung zu der Verordnung vom 21. 6. 30 ausführt, praktisch eine Vermutung für das Vorhandensein eines Bedürfnisses zum Ausschank alkoholfreier Getränke aufgestellt, die durch besondere Umstände entkräftet werden muß, wenn das Bedürfnis verneint werden soll. Im Falle des § 1 der Verordnung vom 21. 6. 30 — wenn es sich also um den Ausschank nichtgeistiger Getränke handelt — kann sich die Behörde nicht darauf berufen, daß das Bedürfnis nicht durch den Antragsteller nachgewiesen sei; sie hat vielmehr in diesem Falle selbst die besonderen Umstände festzustellen, aus denen sich ein Grund für die Versagung der Erlaubnis ergibt. Der Nachweis solcher Umstände wird der Erlaubnisbehörde allerdings oft gelingen. Während z. B. bei einem Antrag auf Errichtung einer Wirtschaft mit alkoholfreien Getränken an einem größeren Sportplatz, der weit draußen vor der Stadt liegt, das Bedürfnis wohl in der Regel anzuerkennen ist, wird das Bedürfnis für die Errichtung einer weiteren Kaffeewirtschaft in der Hauptstraße der Stadt in vielen Fällen verneint werden können.

---

[36]) Hess. OVG im Gew. Arch. 14 S. 239.
[37]) Drucks. des Reichsrats, Tagung 1930 Nr. 87.
[38]) Urt. d. braunschw. OVG vom 1. März 1905, Gew. Arch. 5 S. 245.

Andererseits wird es auch dem Antragsteller, der ein Gesuch auf Erteilung der Erlaubnis zum Betrieb einer Wirtschaft mit Ausschank von geistigen Getränken eingereicht hat, in vielen Fällen möglich sein, den Nachweis für das Vorhandensein des Bedürfnisses zu erbringen. Man kann sich also nicht etwa auf den Standpunkt stellen, daß ein Bedürfnis nach geistigen Getränken überhaupt ohne weiteres zu verneinen wäre, wie dies von der Abstinenzbewegung getan wird. Schon der Gesetzgeber geht ja davon aus, daß ein gewisses Bedürfnis für geistige Getränke besteht; denn sonst gäbe die Bestimmung in Abs. 2 des § 1 Gast.Ges. (bezw. früher § 33 der Gew.O.) keinen Sinn.

Die Anschauungen über das Bedürfnis des Menschen nach Alkoholgenuß haben sich allerdings im Laufe der Jahre geändert. Bei den Beratungen des § 33 der Gewerbeordnung im Jahre 1869 bezeichnete man noch den Branntweingenuß für die arbeitenden Klassen der Bevölkerung als unentbehrlich[39]). Unter Einfluß der Sportbewegung, der Bestrebungen der Alkoholgegner und nicht zuletzt der wirtschaftlichen Verhältnisse hat sich in dieser Frage manche Wandlung vollzogen. Aber auch heute noch besteht nach den Lebensgewohnheiten eines großen Teils der Bevölkerung ein gewisses Bedürfnis nach dem Ausschank von geistigen Getränken. —

Welche Umstände im einzelnen in Betracht kommen, die für den Nachweis des Bedürfnisses von Erheblichkeit sein können, zeigt das folgende Kapitel.

5. Kapitel.

Die Grundsätze für die Prüfung des Bedürfnisses.

Als Ausgangspunkt der Untersuchung darüber, in welchem Umfange sich Grundsätze für die Bejahung oder Verneinung des Bedürfnisses im Einzelfalle feststellen lassen, soll die Verordnung der Reichsregierung vom 21. 6. 1930 gewählt werden. Bei der Besprechung der einzelnen Bestimmungen der fünf hier in Betracht kommenden Paragraphen dieser Verordnung wird jeweils die bisherige einschlägige Rechtsprechung der obersten Verwaltungsgerichte, die auch heute noch von Wert ist, herangezogen werden und fernerhin auch die bisherige Praxis der Direktivbehörden betrachtet werden.

Wie in der Begründung zum Gaststättengesetz[40]), ausdrücklich festgestellt wird, handelt es sich bei den in der

[39]) Verh. des Reichstages des Norddeutschen Bundes 1869 1. Bd. S. 364 — 369.

[40]) S. 11.

Verordnung vom 21. 6. 1930 erlassenen Reichsvorschriften nur um eine Aufstellung allgemeiner Richtlinien, deren weitere Ausgestaltung den Ländern überlassen wird. Die Bestimmungen dieser Verordnung beschränken sich daher auf „Grundsätze, die eine von den örtlichen Verhältnissen unabhängige Bedeutung haben und überall der Prüfung des Bedürfnisses zugrundegelegt werden können"[41]. Die Heranziehung der bisherigen einschlägigen Rechtsprechung der obersten Verwaltungsgerichte wird aber bei der Besprechung der einzelnen Paragraphen der Verordnung (21. 6. 1930) Gelegenheit geben, über diese allgemeinen Richtlinien hinaus die Grundsätze für die Prüfung des Bedürfnisses auch an Hand einzelner Beispiele näher kennen zu lernen.

I. Die unterschiedliche Behandlung der Bedürfnisprüfung bei Wirtschaften mit Ausschank von alkoholfreien Getränken und bei solchen mit Ausschank von geistigen Getränken.

Während nach § 2 der Verordnung vom 21. 6. 1930 bei Anträgen auf Erteilung der Erlaubnis zum Ausschank geistiger Getränke das Bedürfnis nach strengsten Grundsätzen zu prüfen ist, soll gemäß § 1 der Verordnung in den Fällen, in denen es sich um den Ausschank von nichtgeistigen Getränken handelt, das Bedürfnis in der Regel bejaht werden. Es darf hier nur dann verneint werden, wenn sich aus besonderen Umständen ergibt, daß ein Bedürfnis nicht vorhanden ist.

Bei der Beratung des Gaststättengesetzes hatten sich Stimmen dafür erhoben in Angleichung an den Rechtszustand vor Erlaß des Notgesetzes von 1923 die Bedürfnisprüfung bei Wirtschaften mit alkoholfreien Getränken ganz wegfallen zu lassen[42]. Wie im Kapitel 2 gezeigt worden ist, war ja erst mit dem Notgesetz von 1923 auch die Erlaubniserteilung an eine alkoholfreie Wirtschaft von dem Nachweis des Bedürfnisses abhängig gemacht worden. Bis zum Notgesetz von 1923 war die Bedürfnisfrage bei der Konzessionierung einer alkoholfreien Wirtschaft also nicht zu prüfen gewesen. Dies kam u. a. im preußisch. Min.Res.Kr. vom 3. Juli 1861[43] zum Ausdruck, wo bestimmt ist, daß es bei einem Antrag auf Erteilung der Er-

---

[41]) Begründung zur Verordnung, Drucks. des Reichsrates Tagung 1930 Nr. 87.

[42]) Anträge der Abgeordneten Breitscheid und Gen. und der Abgeordneten Stoecker u. Gen., Drucks. Nr. 1862, 1878.

[43]) Min. Bl. S. 138.

laubnis zu einer Schankwirtschaft mit Ausschluß aller geistigen Getränke nicht zulässig sei, die Bedürfnisfrage zur Erörterung zu ziehen.

Die Anträge der Abgeordneten Breitscheid und Gen., die also auf eine gänzliche Beseitigung der Bedürfnisprüfung bei der Konzessionierung alkoholfreier Wirtschaften hinzielten, fanden bei den Beratungen des Gaststättengesetzes zwar nicht die Zustimmung der Mehrheit[44]). Es wurde jedoch allgemein die Ansicht vertreten, daß man bei der Erteilung der Erlaubnis an eine Wirtschaft, in der nur alkoholfreie Getränke ausgeschenkt werden sollen, die Bedürfnisfrage erheblich milder behandeln müsse, als in den Fällen, in denen es sich um Wirtschaften mit Ausschank geistiger Getränke handele[45]). Diese Ansicht wurde auch von der Reichsregierung geteilt. Der damalige Reichswirtschaftsminister Dietrich gab im Reichstag die Versicherung ab[46]), daß die Reichsregierung in den auf Grund des § 1 Abs. 3 Gast.Ges. zu erlassenden Ausführungsbestimmungen dieser Erwägung Rechnung tragen würde. Diese Zusage wurde dann in § 1 der Verordnung vom 21. 6. 1930 eingelöst.

Den Landesregierungen blieb es überlassen, die besonderen Umstände, aus denen sich eine Verneinung der Bedürfnisfrage rechtfertigen kann, näher zu bezeichnen.

So wird in § 50 der Vollzugsverordnung des württembergischen Wirtschaftsministeriums vom 8. Juli 1930 bestimmt, daß bei Anträgen auf Erteilung der Erlaubnis zum Betrieb von Kaffee- oder Teewirtschaften, falls diese vorwiegend privatwirtschaftlichem Interesse dienen und eine ähnliche Einrichtung wie eine Schankwirtschaft mit geistigen Getränken haben, die in § 1 der Verordnung vom 21. 6. 1930 ausgesprochene Vermutung in der Regel nicht Platz greifen soll. Auch bei solchen alkoholfreien Kaffee- und Teewirtschaften muß also in Württemberg regelmäßig ein Bedürfnis nachgewiesen werden. In § 49 dieser württembergischen Verordnung wird weiter bestimmt, daß hinsichtlich des Ausschanks nichtgeistiger Getränke in Erfrischungsräumen von Waren- und Kaufhäusern das Zutreffen der Voraussetzungen, unter denen nach § 1 der Verordnung vom 21. 6. 30 eine weniger strenge Prüfung des Bedürfnisses zugelassen ist, in der Regel nicht anerkannt werden soll.

---

[44]) Ausschuß Ber. S. 27, 28. Sten. Ber. über die 156. Sitzung des Reichstages S. 4818.

[45]) Aeußerung des Abgeordneten Loibel, Sten. Ber. S. 4790.

[46]) Sten. Ber. S. 2784 ff.

Diese letzte Bestimmung wird auch in § 3 der bayerischen Verordnung zum Vollzuge des Gaststättengesetzes vom 12. September 1931[47]) getroffen[48]).

In Preußen darf nach § 1 der Verordnung vom 13. November 1931[49], die auf Grund der in § 21 Abs. 2 des Gast.-Ges. enthaltenen Bestimmungen erlassen worden ist, die Erlaubnis für neu zu errichtende Schankwirtschaften bis zum 1. Oktober 1934 grundsätzlich nicht erteilt werden. Ausnahmen können nur mit Genehmigung der Regierungspräsidenten (in Berlin des Polizeipräsidenten) gemacht werden. Diese Verordnung bezieht sich, wie aus einem Runderlaß des preußischen Ministers des Innern vom 14. November 1931[50]) hervorgeht, auch auf Schankwirtschaften, die nur alkoholfreie Getränke verabreichen.

Im Gegensatz zu der Art und Weise der Nachprüfung des Bedürfnisses bei alkoholfreien Wirtschaften muß nach § 2 Satz 1 der Verordnung vom 21. 6. 1930 das Bedürfnis bei den Anträgen auf Erteilung der Erlaubnis zum Ausschank geistiger Getränke nach ganz besonders strengen Grundsätzen geprüft werden. Es wird damit der Erlaubnisbehörde zur Pflicht gemacht, das Bedürfnis stets dann

---

[47]) GVBl. S. 251.

[48]) Durch Verordnung des Reichswirtschaftsministers vom 21. 6. 1933 (RGBl. I S. 392) ist dieser Grundsatz jetzt mit Einfügung des § 4 a in die Verordnung vom 21. 6. 1930 allgemein eingeführt worden. In diesem neuen § 4 a wird bestimmt, daß bei Anträgen auf Erteilung der Erlaubnis zum Ausschank von Getränken in Waren- oder Kaufhäusern oder in anderen Verkaufsstellen des Einzelhandels das Bedürfnis nur ausnahmsweise und nur dann anerkannt werden darf, wenn es durch die Größe und den Umfang des Betriebes gerechtfertigt wird und wenn es sich um den Ausschank alkoholfreier Getränke in einem nur zu kurzem Aufenthalt der Gäste eingerichteten Erfrischungsraum handelt; in der Regel dagegen ist das Bedürfnis in diesen Fällen, wie in der Verordnung noch ausdrücklich ausgesprochen wird, zu verneinen. Es soll hier sogleich noch erwähnt werden, daß jetzt die obersten Landesbehörden durch das Reichsgesetz zur Ergänzung des Gesetzes zum Schutze des Einelhandels vom 15. Juli 1933 (RGBl. I S. 493) ermächtigt worden sind, eine Erlaubnis, die vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zum Betrieb einer Schankwirtschaft in einem Warenhaus, Kaufhaus oder einer anderen Verkaufsstelle des Einzelhandels erteilt worden ist, ganz oder teilweise zurückzunehmen, so wie die Abgabe zubereiteter Speisen zum Genusse auf der Stelle in einem Warenhaus, Kaufhaus oder einer anderen Verkaufsstelle des Einzelhandels ganz oder teilweise zu verbieten, sofern ein Bedürfnis für den Betrieb der Schankwirtschaft oder die Abgabe zubereiteter Speisen zum Genuß auf der Stelle nicht mehr vorhanden ist und durch den Wegfall des schank- oder speisewirtschaftlichen Betriebs die Wirtschaftlichkeit des Gesamtunternehmens nicht gefährdet wird.

[49]) Ges.-Sammlung Nr. 46.

[50]) II E 835, MinBl. f. d. i. Verw. S. 1164.

zu verneinen, wenn nicht die Prüfung der maßgebenden Umstände überzeugend zur Bejahung des Bedürfnisses führt.

Dieser Grundsatz an sich ist nicht neu. Bereits im Urteil des braunschweigischen VGH vom 5. April 1905[51] wurde ausgesprochen, daß bloße Annahmen und Vermutungen nicht zum Nachweis des Bedürfnisses genügen: es müßten vielmehr Umstände und Verhältnisse gegeben sein, aus denen das Vorhandensein eines Bedürfnisses zweifellos hervorgehe. Auch schon im preußischen Min.-Reskr. vom 22. Febr. 1860[52] heißt es, „daß bestimmungsgemäß die Erteilung einer neuen Schankkonzession nur dann erfolgen kann, wenn sich die Behörde von dem Bedürfnis der Anlage überzeugt hat". Die Bestimmung in § 2 der Verordnung vom 21. 6. 1930 ist aber dennoch von sehr großer Bedeutung. Wie unten noch näher besprochen werden wird, sind nämlich jetzt auch die Erlaubnisinstanzen an die ihnen in dieser Verordnung gegebenen Anweisungen gebunden. Dies war bis zum Jahre 1930 nicht der Fall. Die hier in Betracht kommenden früheren Verfügungen der Landesregierungen waren für die Erlaubnisinstanzen nicht bindend[53]. Die unteren Erlaubnisinstanzen ließen sich daher bei der Bedürfnisprüfung oft von anderen Gesichtspunkten leiten als in den erwähnten Verfügungen der Landesregierungen zum Ausdruck kam. So läßt es sich auch erklären, daß die Zahl der Wirtschaften, wie die folgende Tabelle zeigt[54], damals von Jahr zu Jahr in einem ungesunden Verhältnis zunahm. Es betrug im Deutschen Reich der Bestand an Gast- und Schankwirtschaften

im Jahre	1875	219 582,
„ „	1882	257 645,
„ „	1895	278 689,
„ „	1907	374 195.

Im Folgenden werden einige Beispiele angeführt, die zeigen sollen, welche Tatsachen und Behauptungen nach der bisherigen Rechtsprechung der obersten Verwaltungsgerichte zum Nachweis des Bedürfnisses nicht genügen.

So wird im Urteil vom 31. August 1907 des braunschw. VGH[55] gesagt, daß ein Bedürfnis für eine neue Wirtschaft

---

[51]) Gew. Arch. 5 S. 245.

[52]) Min. Bl. S. 41.

[53]) Entscheidung des preußischen OVG vom 5. Januar 1882 bei Bochmann S. 127.

[54]) Die Tabelle ist bei Wegener, Eine statistische Betrachtung zum Schankstättengesetz, S. 2 entnommen.

[55]) Gew. Arch. 8 S. 247.

nicht schon dann als vorhanden zu betrachten ist, wenn eine bestimmte Bevölkerungsklasse ohne triftigen Grund in den vorhandenen Wirtschaften nicht zu verkehren wünscht.

Auch die Tatsache, daß bei größeren Versammlungen oder Festlichkeiten die vorhandenen Wirtschaften voll besetzt oder überfüllt sind, kann allein nicht zur Bejahung der Bedürfnisfrage führen[56]).

Um das Bedürfnis zum Ausschank von Getränken zu begründen, kann nicht angeführt werden, daß ein Bedürfnis für ein Versammlungslokal bestehe, da dieses Bedürfnis auch ohne Ausschank von Getränken befriedigt werden kann[57]).

Es genügt beispielsweise ferner nicht zum Nachweis des Bedürfnisses, wenn der Antragsteller, der um Genehmigung einer Wirtschaft mit geistigen Getränken nachsucht, vorbringt, daß sich in der Nähe der Wirtschaft ein Sportplatz befindet[58]).

Weiterhin kann der Umstand, daß das Geschäft als Nebengewerbe (etwa neben einem Materialwarengeschäft) betrieben werden soll, für die Beurteilung des Bedürfnisses zur Errichtung einer Schankwirtschaft nicht maßgebend sein, da das Gesetz keine Bestimmung getroffen hat, aus der man einen Unterschied zwischen Haupt- und Nebengewerbe herleiten könnte[59]).

Besteht bereits eine Speisewirtschaft, so berechtigt diese Tatsache noch nicht zu der Annahme, daß damit auch zugleeich ein Bedürfnis nach Ausschank von Branntwein begründet ist[60]).

Zum Nachweis des Vorhandenseins eines Bedürfnisses zum Ausschank von Getränken genügt es auch nicht, wenn ein Antragsteller vorbringt, daß in seinem Hause Turn-, Fecht-, Tanz-, Schwimm-, Reit- oder ähnlicher Unterricht erteilt wird. Wenn es auch für die Teilnehmer dieser Unterrichte eine Annehmlichkeit bedeuten würde, am gleichen Ort eine Gelegenheit zum Genuß von Getränken zu haben, so genügt jedoch dieser Umstand allein noch

---

[56]) Urteil der braunschw. VGH vom 25. Oktober 1905 Gew. Arch. 6 S. 256 und vom 14. Oktober 1908 Gew. Arch. 9 S. 218.

[57]) Urteil d. braunschw. VGH vom 9. November 1904 Gew.-Arch. 4 S. 555.

[58]) Entscheidung des Provinzial-Ausschusses Starkenburg vom 13. Dez. 1913 Hess. Ztg. f. Staats- und Gemeindeverw. Jg. 39 S. 4.

[59]) Preuß. OVG Bd. 1 S. 295 Urt. v. 15. 11. 1876.

[60]) Preuß. OVG vom 21. Juni 1869 Entsch. Bd. 8 S. 260.

nicht, um ein Bedürfnis von öffentlichen Gesichtspunkten aus bejahen zu können[61]).

II. Das persönliche Interesse des Antragstellers oder anderer an der Erteilung der Erlaubnis beteiligter Personen darf nicht berücksichtigt werden.

Bei der Würdigung der Bedürfnisfrage kann auch, worauf oben bereits einmal hingewiesen wurde, eine Rücksichtnahme auf die persönlichen privaten Interessen des Antragstellers oder anderer Personen z. B. des Eigentümers des Hauses, in welchem die neue Wirtschaft errichtet werden soll, oder des Besitzers einer Brauerei nicht in Betracht kommen[62]). Es kann sich nämlich bei der Konzessionierung einer Wirtschaft immer nur darum handeln, ob ein Bedürfnis eines gewissen Teils des Publikums nach Beherbergung bezw. nach Erhalt von Getränken vorhanden ist[63]). Das Interesse des Gesuchstellers nach Begründung oder Verbesserung seiner Existenz, das Interesse des Grundstückseigentümers an Erhöhung der Miete oder der Brauerei an der Vergrößerung des Bierumsatzes ist daher nicht zu berücksichtigen[64]). Weiterhin kann bei der Prüfung des Bedürfnisses die Tatsache, daß der Antragsteller im Falle der Versagung der Konzession schwere finanzielle Nachteile erleiden wird, keine Beachtung finden[65]).

Es kann ferner der Umstand, daß z. B. ein Kaffeehaus- oder Konditoreibetrieb lebensfähiger wird, wenn er auch die Erlaubnis zum Ausschank alkoholhaltiger Getränke bekommt, bei der Prüfung der Bedürfnisfrage nicht ins Gewicht fallen; denn die Frage nach der Lebensfähigkeit einer Wirtschaft ist nach ganz anderen Gesichtspunkten zu beurteilen, als die Frage nach dem Vorhandensein eines Bedürfnisses nach einer Wirtschaft[66]).

[61]) Preuß. OVG im Verw. Bl. 34 S. 596 und Urteil des braunschw. VGH vom 22. 5. 1912 Gew. Arch. 12. S. 433.

[62]) Urt. d. preuß. OVG vom 9. Februar 1881, Preuß. Verw. Bl. 2 S. 239 und Urteil des braunschw. VGH vom 25. Oktober 1905, Gew.-Arch. 6 S. 257.

[63]) Urt. d. braunschw. VGH vom 9. November 1904 Reger Erg. Bd. 3 S. 228.

[64]) Urt. d. braunschw. VGH vom 3. Oktober 1906, Gew. Arch. 7 S. 227.

[65]) Entsch. d. oldenburger OVG vom 12. Oktober 1920, Oldenburger Zeitschrift 48 S. 63, Reger 43 S. 218.

[66]) Urt. d. braunschw. VGH vom 3. Oktober 1906, Gew. Arch. 7 S. 227.

Auch die Privatinteressen der Berufsgenossen dürfen nicht berücksichtigt werden[67]. Es ist daher für die Entscheidung der Frage, ob ein Bedürfnis für eine neue Wirtschaft vorhanden ist oder nicht, ohne Bedeutung, wenn die Inhaber der bereits bestehenden Wirtschaften der Erteilung der neuen Erlaubnis widersprechen.

Der in den eben angeführten Entscheidungen der obersten Verwaltungsgerichte zum Ausdruck gebrachte Grundsatz wurde bereits in der Begründung des Entwurfes eines Schankstättengesetzes[68] wie folgt ausgesprochen: „Es versteht sich von selbst, daß bei Prüfung der Bedürfnisfrage nicht das private Bedürfnis der Antragsteller nach Erteilung der Erlaubnis maßgebend sein soll. Die Erlaubnis darf vielmehr nur dann erteilt werden, wenn ein Bedürfnis vom Gesichtspunkte des öffentlichen Interesses aus anzuerkennen ist". In dieser Begründung wird noch zutreffend darauf hingewiesen, daß dies auch der Standpunkt der Rechtsprechung und Literatur sei.

Da sich aber die unteren Erlaubnisinstanzen nicht immer nach den von den Verwaltungsgerichten aufgestellten Grundsätzen richteten, ist es von Bedeutung, daß nunmehr die Befolgung dieses Grundsatzes auch durch § 2 Satz 2 der VO vom 21. 6. 30 den Erlaubnisinstanzen zur Pflicht gemacht wird.

III. Das Bedürfnis muß im Zeitpunkt der Erlaubniserteilung gegenwärtig sein.

In § 2 Satz 3 der Verordnung vom 21. 6. 1930 wird weiter angeordnet, daß das Bedürfnis im Zeitpunkt der Erlaubniserteilung gegenwärtig sein muß[69]. Dieser Grundsatz wurde beispielsweise in der Entscheidung des braunschw. VGH vom 5. April 1905[70] ausgesprochen. Dort wird gesagt, daß die Behörde bei der Feststellung des Bedürfnisses für eine neue Wirtschaft nicht von bloßen Vermutungen und unsicheren Hoffnungen ausgehen dürfe. So könnte die Tatsache, daß in einer Stadt der Bau eines neuen Straßenzuges geplant sei oder vielleicht auch schon mit dem Bau dieses Straßenzuges begonnen sei, allein noch nicht genügen, um damit das Vorliegen eines Bedürfnisses für eine neue Wirtschaft zu begründen. Es ließe sich ja in einem solchen Falle nicht mit Sicherheit feststellen,

---

[67]) Preuß. OVG vom 17. Oktober 1883, Entsch. Bd. 10 S. 258.

[68]) Verh. d. Reichstages I. Wahlperiode 1920, Anl. Bd. 378 Nr. 5910.

[69]) § 2 Satz 3 dieser Verordnung lautet: „Das Bedürfnis muß im Zeitpunkt der Erteilung der Erlaubnis gegenwärtig und darf nicht nur vorübergehend sein."

[70]) Braunschw. Z. 52. Jg. Beilageheft I S. 37.

wie sich der Anbau des Straßenzuges im einzelnen tatsächlich gestalten würde und aus welchen Schichten der Bevölkerung sich die Bewohner der neuen Straße zusammensetzen würden. Der VGH verweist noch auf die braunschweigische Verordnung vom 8. Dezember 1879, Nr. 6 Guv.Samml. von 1880, in welcher die Erteilung der Erlaubnis zum Schankbetrieb von dem Nachweise eines vorhandenen, also bereits in der Gegenwart bestehenden Bedürfnisses abhängig gemacht wird.

Ein in der Zukunft liegendes noch ungewisses Bedürfnis darf also nicht berücksichtigt werden. An dieser Stelle sind auch noch die Urteile des preuß. OVG vom 22. April 1880[71] und vom 6. Dezember 1882[72] und die Urteile des oldenburgischen OVG vom 11. Februar 1908[73] und vom 25. Oktober 1910[74] anzuführen. In diesen Entscheidungen wird festgestellt, daß bei der Würdigung der Bedürfnisfrage nur die Verhältnisse zur Zeit der Fällung des Urteils und nicht etwa diejenigen zur Zeit der Anbringung des Konzessionsgesuchs zugrunde zu legen sind. Der Ansicht, die in der erwähnten Entscheidung vertreten wird, ist deshalb beizutreten, weil ja von dem Tag der Einreichung des Konzessionsgesuches an bis zu dem Tag, an welchem über das Gesuch endgültig entschieden wird, eine Zeitspanne von mehreren Monaten verstreichen kann. In dieser Zeit können sich aber die Verhältnisse, die bei der Würdigung der Bedürfnisfrage berücksichtigt werden müssen, nicht unerheblich ändern. Während bei der Einreichung des Konzessionsgesuches die Voraussetzungen für die Bejahung des Bedürfnisses gegeben sein können, kann sich — z. B. durch die Stillegung größerer industrieller Betriebe usw. — in der Zeit bis zur Entscheidung über das Gesuch eine grundlegende Veränderung der maßgebenden Verhältnisse vollzogen haben.

Die Befolgung des oben besprochenen Grundsatzes, — daß nämlich das Bedürfnis immer gegenwärtig sein muß, — schließt aber nicht aus, daß die Erlaubnisbehörde bei der Feststellung des Bedürfnisses für eine neue Wirtschaft auch Tatsachen berücksichtigt, deren Eintritt mit Sicherheit erwartet werden kann. Es sollen eben nur die in der Zukunft liegenden ungewissen Verhältnisse von der Berücksichtigung bei der Bedürfnisprüfung ausgeschlossen sein. So wird in der Entscheidung des hessischen Ministe-

[71]) Preuß. Verw. Bl. 1 S. 270.
[72]) Preuß. Verw. Bl. 4 S. 99.
[73]) Oldenburger Ztschr. 35 S. 33.
[74]) Gew. Arch. 10 S. 406.

riums des Innern vom 16. November 1904[75] ausgesprochen, daß nicht nur diejenigen Verhältnisse zu beachten sind, die zur Zeit der Erlaubniserteilung bestehen, sondern daß auch solche Verhältnisse bei der Bedürfnisprüfung beachtet werden sollen, deren Eintritt in sicherer Aussicht steht. Die Entscheidung des preuß. OVG vom 5. Januar 1884[76] steht sogar auf dem Standpunkt, daß es nicht ausgeschlossen sei, die Tatsache der Bevölkerungszunahme oder Abnahme bei der Beurteilung der Bedürfnisfrage als ausschlaggebend in Betracht zu ziehen. Wenn die Gewerbeordnung von dem Vorhandensein eines Bedürfnisses spreche, so könnte diese von dem Gesetzgeber gewählte Fassung nur dahin ausgelegt werden, daß er die Berücksichtigung ungewisser Möglichkeiten ausgeschlossen wissen wolle.

Mit Rücksicht auf die Fassung des § 2 Satz 3 der VO vom 21. 6. 1930, in welchem davon gesprochen wird, daß das Bedürfnis gegenwärtig sein muß, hat heute eine besonders strenge Prüfung in der Richtung zu erfolgen, ob die Bevölkerungszunahme oder Abnahme im Einzelfalle als eine Tatsache gewertet werden kann, deren Eintritt in sicherer Aussicht steht; denn der Gesetzgeber erstrebt ja mit der Einführung des Bedürfnisnachweises eine vernünftige Beschränkung des ungesunden Anwachsens der Zahl der Gast- und Schankwirtschaften.

Es wird aber, worauf hier noch hingewiesen werden soll, nicht gefordert, daß es sich um ein dringendes Bedürfnis handeln muß[77], denn sonst hätte ja der Gesetzgeber in § 33 der Gewerbeordnung bezw. in § 1 Gast.Ges. nicht von einem Bedürfnis schlechthin, sondern eben von einem dringenden Bedürfnis sprechen müssen.

IV. Die Behandlung der Bedürfnisfrage bei einem nur vorübergehenden Bedürfnis.

Das Bedürfnis darf fernerhin, wie in § 2 der VO noch gefordert wird, nicht nur vorübergehend sein. In der Begründung zur Verordnung wird hierzu ausgeführt, daß diese Bestimmung der bisherigen Praxis und Rechtsprechung entspreche.

Dieser Ausspruch der Begründung und ebenso der Wortlaut in Satz 3 des § 2 der VO vom 21. 6. 1930 geben nun, jedenfalls in der allgemeinen Form, in der sie ge-

---

[75]) Gew. Arch. 5 S. 256.
[76]) Preuß. Verw. Bl. 5 S. 167.
[77]) So mit Recht Urt. d. preuß. OVG vom 5. 7. 1894, Preuß. Verw. Bl. 16 S. 44 — anderer Ansicht allerdings preuß. OVG Bd. 10 S. 251.

halten sind, zu Mißverständnissen und Unklarheiten Anlaß. Wie nämlich noch festgestellt werden wird, konnte nach der bisherigen Rechtsprechung ein vorübergehendes Bedürfnis sehr wohl bei der Erlaubniserteilung nach § 33 Gew.O. in Betracht kommen. In § 2 Satz 3 der VO vom 21. 6. 1930 wird aber ganz allgemein gesagt, daß das Bedürfnis nicht vorübergehend sein dürfe.

Was man nun hier unter „vorübergehend" zu verstehen hat, wird weder in der Verordnung selbst, noch in der Begründung dazu irgendwie näher erläutert.

In § 8 des Gast.Ges. ist bestimmt, daß bei einem vorübergehenden Bedürfnis der Betrieb einer Gast- oder Schankwirtschaft vorübergehend auf Widerruf „gestattet" werden kann. Auch in der Gewerbeordnung war für solche Fälle Vorsorge getroffen worden (vorübergehende Gestattung durch die Ortspolizeibehörde gemäß §§ 42a Abs. 3, 56 Abs. 2 Ziff. 1, 67 Abs. 2). Wie Landmann[78]) hierzu richtig ausführt, waren diese Bestimmungen der Gewerbeordnung aber nicht für alle Fälle ausreichend, in denen ein nur vorübergehendes Wirtschaftsbedürfnis vorlag, so z. B. nicht für Arbeiterkantinen bei einem Eisenbahnbau usw.

„Vorübergehend" im Sinne der angezogenen §§ der Gew.O. und auch im Sinne von § 8 Gast.Ges. ist nämlich ein Bedürfnis nur dann, wenn seine Dauer von vornherein ganz kurz begrenzt ist. In der Regierungsvorlage zum Gaststättengesetz werden hier als Beispiele Volksfeste, Kirchweihfeste und Truppenmanöver genannt. In Abs. 2 des § 8 Gast.Ges. selbst werden weiter angeführt: Schul-, Jugend- und Sportfeste. Die obersten Landesbehörden können hier, wie in § 8 Abs. 3 des Gaststättengesetzes bestimmt wird, noch die näheren Anordnungen treffen.

In der Ausführungsbestimmung des preuß. Min. des Innern, Min.Erl. vom 5. 6. 1930[79]) wird hierzu u. a. angeordnet, daß der Betrieb einer Gast- oder Schankwirtschaft auf Grund des § 8 Gast.Ges. im allgemeinen nicht über einen Monat hinaus gestattet werden darf. In § 15 der bayer. VO zum Vollzuge des Gast.Ges. vom 12. 9. 1931[80]) heißt es: „Ein vorübergehendes Bedürfnis zum Betrieb einer Gast- oder Schankwirtschaft liegt nur dann vor, wenn die Dauer des Bedürfnisses von vornherein als kurzfristig feststeht; anderenfalls ist die Erlaubnispflicht nach § 1 Gast.Ges. gegeben (so in der Regel bei erlaubnis-

[78]) Komm. zur Gewerbeordnung 1928 S. 526.
[79]) Min. Bl. f. d. i. Verw. S. 541.
[80]) Ges. V. Bl. Nr. 28 S. 255.

pflichtigen Baukantinen)". Wenn also das Bedürfnis sich auf eine etwas längere Zeit — zum Beispiel auf die Dauer von 10 Monaten — erstreckt, kann der § 8 Gast.Ges., auch wenn in solchen Fällen der Wegfall des „nur vorübergehenden Bedürfnisses" von vornherein feststeht, nicht Anwendung finden. Hierher gehören die Erlaubniserteilungen an Wirtschaftsräume auf Ausstellungen, die mehrere Monate dauern, oder, wie die bayer. Verordnung selbst als Beispiel ausdrücklich hervorhebt, die Erlaubniserteilung an Arbeiterkantinen, die anläßlich eines länger dauernden Baues errichtet werden.

Aus der oben angeführten Bestimmung des preußisch. Min.Erl. vom 5. 6. 1930, nach der sich die Dauer eines unter § 8 Gast.Ges. fallenden Betriebes im allgemeinen nicht über einen Monat hinaus erstrecken darf, geht hervor, daß auch in Preußen solche Baukantinen, die von vornherein auf eine etwas längere Zeit errichtet werden, nicht nach § 8 Gast.Ges. behandelt werden können.

Diese in Bayern und Preußen getroffene Regelung muß als zweckmäßig bezeichnet werden. Es liegt im Interesse einer vernünftigen Beschränkung der Zahl der Wirtschaften und der damit verbundenen Verminderung des übermäßigen Alkoholgenusses, wenn auch bei der Errichtung von Baukantinen und Ausstellungswirtschaften, die mehrere Monate bestehen werden, die strengeren Vorschriften der Erlaubniserteilung nach § 1 Abs. 1 Gast.Ges. Anwendung finden.

In Württemberg ist hier allerdings kraft der besonderen Regelung in § 54 Ziff. 2 der Vollzugsverordnung des württemb. Wirtschaftsministeriums vom 8. 7. 1930[81]) auch eine „Gestattung" einer solchen Baukantine gemäß § 8 Gast.-Ges. möglich. Nach der angezogenen Bestimmung kann nämlich die vorübergehende Erlaubnis bis zur Dauer von drei Monaten erteilt werden. Außerdem können dann noch Ausnahmen (also Erlaubniserteilungen für die Dauer von mehr als drei Monaten), insbesondere bei Ausstellungswirtschaften, bei Bau- oder Betriebskantinen und bei ähnlichen längeren Veranstaltungen zugelassen werden[82]).

In Preußen und Bayern aber ist, wie oben festgestellt wurde, gerade in diesen letzten Fällen eine Erlaubniserteilung nach § 1 Gast.Ges. erforderlich.

Es ist wenig befriedigend, daß hier noch dieser unterschiedliche Rechtszustand in den einzelnen deutschen Ländern besteht. Die Ursache für diese verschiedene Rege-

---

[81]) Reg. Bl. S. 231.
[82]) § 54 Ziff. 2 d. Vollz. VO.

lung ist hauptsächlich auf die ungenaue Verwendung des Wortes „vorübergehend" in § 2 der Verordnung vom 21. 6. 1930 zurückzuführen. Hätte der Reichsgesetzgeber, wie es in diesem Falle unbedingt notwendig gewesen wäre, in der Verordnung vom 21. 6. 1930 näher erklärt (wie dies z. B. in den Ausführungsverordnungen der Länder geschieht), was hier mit dem Hinweis „das Bedürfnis dürfe nicht vorübergehend sein" eigentlich gesagt werden soll, so wäre die unterschiedliche Behandlung der Fälle, in denen ein vorübergehendes Bedürfnis vorkommt, in den Ausführungsverordnungen der Länder unmöglich gewesen.

Wenn man die Bestimmung in § 2 der VO vom 21. 6. 1930 nun so auslegen müßte, daß damit nicht nur die Fälle des § 8 Gast.Ges. gemeint sein sollen, daß also im Falle des § 1 Gast.Ges. jedes vorübergehende Bedürfnis überhaupt unberücksichtigt zu bleiben habe, so hätte man z. B. in Preußen und Bayern praktisch keine Möglichkeit, den Betrieb einer Arbeiterkantine, der sich — obwohl vorübergehend — nach den tatsächlichen Verhältnissen von vornherein beispielsweise über ein Jahr erstrecken wird, nach dem Gast.Ges. zu genehmigen.

Eine solche Auslegung kann aber nicht stattfinden. Dies ergibt sich bereits schon daraus, daß es ja nicht die Absicht des Reichsgesetzgebers gewesen sein kann, die Erlaubniserteilung an Baukantinen und Ausstellungswirtschaften unmöglich zu machen. Daß aber die in Preußen und Bayern vertretene Ansicht — nach der bei einem vorübergehenden Bedürfnis z. B. nach einer Baukantine, die mehrere Monate betrieben werden soll, die strenge Erlaubniserteilung nach § 1 Gast.Ges. und nicht die wenig strengere „Gestattung" nach § 8 Gast.Ges. erfolgen muß — die richtige ist und übrigens auch der Ansicht des Reichsgesetzgebers entspricht, ergibt sich nämlich gerade aus der Begründung zur Verordnung vom 21. 6. 1930. Dort wird gesagt, die Regelung in § 2 Satz 3 der VO entspreche der bisherigen Praxis und Rechtsprechung. Die Heranziehung der einschlägigen Rechtsprechung zeigt aber, daß sehr wohl in vielen Fällen auch ein vorübergehendes Bedürfnis nach Wirtschaftsbetrieben bei der Erlaubniserteilung gemäß § 33 Gew.O. von Bedeutung sein konnte.

In der Entscheidung des preuß. OVG vom 20. Mai 1920[83]) wird beispielsweise festgestellt, daß es zulässig sei, eine Schankgenehmigung auf einen bestimmten Zeitraum zu erteilen, um damit gewissen, nur vorübergehenden Verhältnissen Rechnung zu tragen. Es handelt sich in dieser

[83]) Gew. Arch. 20 S. 169.

Entscheidung um die Erteilung der Erlaubnis an eine Arbeiterkantine, die nur für die Dauer des Baues eines Hafenbahnhofes erteilt worden war. Wie man aus der Entscheidung weiter entnehmen kann, erstreckte sich dieser Bau auf mehrere Jahre. Das OVG führt aus, daß eine solche Erlaubniserteilung, wie auch aus der Entscheidung des OVG Bd. 3 S. 245 hervorgehe, nicht der Vorschrift des § 40 Gew.O., der die Erteilung der Erlaubnis auf Zeit verbietet, widerspreche. Es wäre vielmehr möglich, so fährt das OVG fort, daß eine Erlaubnis, wenn die Verhältnisse, wegen deren sie beantragt wird, voraussichtlich nur vorübergehend seien, auf die Dauer dieser Verhältnisse erteilt würde. So liege aber der zur Entscheidung stehende Fall; denn hier solle von vornherein dem besonderen Bedürfnisse Rechnung getragen werden, das sich aus der Beschäftigung zahlreicher Personen bei den Hafenbauten ergebe[84]).

Mit Recht stellt sich das preußische Oberverwaltungsgericht auf den Standpunkt, daß auch ein solches vorübergehendes Bedürfnis nach einer Baukantine Beachtung finden muß. Besonders interessiert hier an dieser Entscheidung, daß das Oberverwaltungsgericht gleichzeitig auch die Ansicht vertritt, daß in einem solchen Falle nur die strenge Erlaubniserteilung nach § 33 Gew.O. (heute § 1 Gast.Ges.) und nicht etwa — wie dies z. B. heute in Württemberg geschieht — nur die auch in der Gewerbeordnung (§ 42 Abs. 3) vorgesehene Gestattung (heute § 8 Gast.Ges.) in Betracht kommen muß. Dieser Ansicht des OVG muß deshalb beigetreten werden, weil es, wie oben schon erwähnt, im Interesse einer gesunden Alkoholpolitik liegt, daß bei einer Genehmigung eines Betriebes, der das Ausschenken von alkoholhaltigen Getränken mehrere Monate betreiben wird, die strengen Vorschriften der Erlaubniserteilung nach § 33 Gew.O. resp. § 1 Gast.Ges. zur Anwendung kommen. —

Wenn nun die Begründung zu § 2 Satz 3 der Verordnung vom 21. 6. 30 auf die bisherige Rechtsprechung Bezug nimmt und dabei feststellt, daß die Bestimmung des § 2 Satz 3 der Verordnung (mit der die Berücksichtigung eines vorübergehenden Bedürfnisses verboten wird) der bisherigen Rechtsprechung entspreche, so ergibt sich daraus, daß mit dem Hinweis, das Bedürfnis dürfe nicht nur vorübergehend sein, lediglich gesagt werden soll, es dürfe sich bei der Erlaubniserteilung nach § 1 Gast.Ges. nicht um einen Fall des § 8 Gast.Ges. handeln. Es kann also,

[84]) So auch bay. VGH vom 10. April 1912, Reger 32 S. 210.

wie hier nochmals wiederholt werden soll, bei einer Erlaubniserteilung nach § 1 Gast.Ges. ein nur vorübergehendes Bedürfnis sehr wohl berücksichtigt werden, obgleich doch die Verordnung vom 21. 6. 1930 ganz allgemein bestimmt, „das Bedürfnis dürfe nicht nur vorübergehend sein."

Die Verwendung des Wortes „vorübergehend" in § 2 der VO vom 21. 6. 1930 ist daher, da sie ohne gleichzeitige nähere Erklärung darüber erfolgt, was in diesem Zusammenhang unter „vorübergehend" verstanden werden soll, als ungenau, wenn nicht als irreführend zu bezeichnen.

V. Bei der Prüfung des Bedürfnisses muß auf die besondere Art und die örtliche Lage der Wirtschaft geachtet werden.

In § 3 führt die VO vom 21. 6. 1930 einige Umstände an, die von den Erlaubnisbehörden als Ausgangspunkt bei der Prüfung der Bedürfnisfrage berücksichtigt werden sollen. Es handelt sich aber hier, wie die Begründung dazu vermerkt, nicht etwa um eine abschließende Aufzählung.

Ein Vergleich mit der bisherigen Rechtsprechung der obersten Verwaltungsgerichte wird zeigen, daß auch auf diese in § 3 der VO aufgezählten Umstände bei der Prüfung der Bedürfnisfrage im allgemeinen bisher Rücksicht genommen worden ist.

In § 3 wird zunächst gesagt, daß bei der Prüfung der Bedürfnisfrage die besondere Art der nachgesuchten Wirtschaft zu beachten ist.

Im Gaststättengesetz war in § 3 die neue Bestimmung aufgenommen worden, daß die Erlaubnis bei Gast- und Schankwirtschaften von nun an auch für eine bestimmte Betriebsart zu erteilen ist.

Was man unter dem Begriff „Betriebsart" in diesem Zusammenhang zu verstehen hat, kann nicht gut in einer allgemeinen Formel zum Ausdruck gebracht werden; dies richtet sich vielmehr immer nach den tatsächlichen Verhältnissen. Es handelt sich dabei, wie Michel[85]) ausführt, „um das Gesamtgepräge eines Betriebs, wie er sich dem Publikum zur Befriedigung der nach Inhalt und Geschmack verschiedenartigen und auch nach dem Wert abgestuften Bedürfnisse darbietet".

Nach der preuß. Ausf. Best. zum Gaststättengesetz[86]) kann man bei Wirtschaften u. a. folgende Unterscheidungen machen: „Bier-Restaurant, Wein-Restaurant, Café, Li-

[85]) Das Gaststättengesetz vom 28. April 1930 S. 70.
[86]) Min.Erl. vom 5. Juni 1930, Min. Bl. f. d. i. Verw: S: 541:

körstube, Bar, Trinkhalle, Garten-Restaurant, Bier-Restaurant mit Weinzimmer, Hotel garni usw.".

Nach der VO vom 21. Juni 1930 ist also bei der Prüfung der Bedürfnisfrage jedesmal genau zu untersuchen, ob gerade für die beantragte Betriebsart ein Bedürfnis besteht[87]), wobei dann die Zahl und Art der bereits bestehenden Betriebe berücksichtigt werden müssen.

Dieser Grundsatz wurde auch schon in der älteren Rechtsprechung vertreten.

So wird im Urteil vom 6. 7. 1904 des braunschw.VGH [88]) ausgeführt, daß die Erlaubnisbehörde, wenn es sich um die Erteilung der Erlaubnis an ein besseres Hotel handelt, bei der Würdigung der Bedürfnisfrage nicht nur die Wirtschaften auszuschalten habe, die sich überhaupt nicht mit Beherbergung befassen, sondern daß auch eine Rücksichtnahme auf Gastwirtschaften minderen Ranges, wie z. B. Herbergen zur Heimat usw., da ja in diesen eine ganz andere Bevölkerungsklasse verkehre, nicht in Betracht kommen könnte. Umgekehrt wieder könnte bei einer Erlaubniserteilung an eine Herberge zur Heimat nicht das Vorhandensein von besseren Hotels berücksichtigt werden.

Es kommt also in einem solchen Falle darauf an, ob die bestehenden Wirtschaften als Konkurrenzlokale für die neu zu errichtende Wirtschaft anzusehen sind.

Wie das sächs. OVG vom 18. April 1913[89]) ausführt, bezieht sich die Schankerlaubnis immer nur auf bestimmte Räume, die gemäß § 33 Gew.O. nach ihrer Beschaffenheit und Lage geprüft werden müssen. Bei jeder wesentlichen Veränderung dieser Räume müßte aber eine neue Erlaubnis eingeholt werden. Eine solche wesentliche Veränderung der Beschaffenheit des Lokals sei in der Einführung eines automatischen Betriebes zu sehen; denn unter Beschaffenheit im Sinne des § 33 Gew.O. sei nicht nur die bauliche Anlage, sondern auch die innere Einrichtung und Ausstattung der Schankräume zu verstehen. Bei der Erteilung der Erlaubnis für den neuartigen Betrieb müsse daher auch die Bedürfnisfrage erneut geprüft werden. Auch in der Entscheidung des preuß. OVG vom 11. Januar 1917[90]) wird festgestellt, daß die Bedürfnisfrage bei der Erlaubniserteilung an ein Automatenrestaurant anders zu beurteilen sei, als in einem Falle, in dem es sich um die Erteilung einer Konzession an ein gewöhnliches

[87]) So beispielsweise auch schon § 6 des bayer. Min. Erl. vom 30. 12. 1909.
[88]) Gew. Arch. 4 S. 204.
[89]) Bd. 20 S. 121.
[90]) Reger Bd. 37, S. 322.

Schanklokal handele. Es müßte eben auf die verschiedenen Arten der Wirtschaften bei der Prüfung des Bedürfnisses Rücksicht genommen werden. Das OVG führt noch aus, es wäre zulässig, wenn die Erlaubniserteilung an eine Schankwirtschaft mit der Beschränkung geschehe, daß in dem Lokal die Getränke nur durch Automaten ausgeschenkt werden dürfen; dies wäre dann möglich, wenn die Bedürfnisfrage nur für einen Automatenbetrieb bejaht werden könnte[91]).

Soll eine bestehende Schankwirtschaft in ein Automatenrestaurant umgewandelt werden, so ist also erneut das Bedürfnis für diesen Automatenbetrieb zu prüfen. Der Umstand, daß ein Bedürfnis für die bis dahin vorhandene Schankwirtschaft anzuerkennen war, genügt nicht zur Begründung des Bedürfnisses für die neue Art der Wirtschaft mit Automatenbetrieb.

Als weiteres Beispiel ist an dieser Stelle noch die Entscheidung des OVG Oldenburg vom 3. Februar 1910[92] anzuführen. Dort wird ausgesprochen, daß eine mangelnde Ausspanngelegenheit ein Bedürfnis für eine Schankkonzession begründen kann. Es ist dann eben in einem solchen Falle in dem betreffenden Ort ein Bedürfnis nach einer derartigen Wirtschaft - nämlich einer Schankwirtschaft mit Ausspanngelegenheit — vorhanden.

Eine abweichende Ansicht vertritt hier das mecklenburger LVG im Urteil vom 19. Dezember 1924[93]; es steht auf dem Standpunkt, daß mit der Anerkennung des Bedürfnisses für eine weitere Ausspanngelegenheit noch nicht sogleich das Bedürfnis nach einer Wirtschaft begründet wäre. Dieser Entscheidung kann jedoch nicht zugestimmt werden. Es entspricht nämlich der Verkehrssitte, daß das Ausspannen der Landleute und sonstiger Personen regelmäßig in Wirtshäusern geschieht. Die Ausspannenden haben fast immer das Bedürfnis, sich durch Getränke zu erfrischen; andererseits wollen sie aber auch in der Nähe ihrer Wagen bezw. Zugtiere bleiben. Das Bedürfnis nach einer Ausspanngelegenheit kann also am besten durch Erteilung einer entsprechenden Wirtschaftskonzession befriedigt werden. Damit ist allerdings nicht gesagt, daß sich eine solche Konzession unbedingt auch auf geistige Getränke zu erstrecken habe.

Im Rahmen der jetzigen Betrachtung ist ferner auf das Urteil des oldenb. OVG vom 12. Juli 1921[94]) hinzuweisen.

[91]) So auch die Entsch. d. braunschw. VGH vom 1. 7. 1908. Gew.-Arch. 8 S. 249.
[92]) Reger Bd. 30 S. 389.
[93]) Meckl. Zt. 41 S. 183.

Diese Entscheidung stellt fest, daß, wenn in einem Ausflugsort lediglich solche Wirtschaften vorhanden sind, in denen regelmäßig Tanzveranstaltungen abgehalten werden, für das einen ruhigen Aufenthalt suchende Publikum, insbesondere auch für die Ortseingesessenen selbst, ein Bedürfnis nach einer Wirtschaft ohne Tanzbetrieb besteht.

Schließlich sind hier auch noch die Urteile des preuß. OVG vom 26. Mai 1880 und vom 5. November 1881[95] und das Urteil des braunschw. VGH vom 1. April 1925[96] anzuführen. Nach diesen Entscheidungen kann auch der Umstand, daß die bestehenden Wirtschaften eines Ortes schlecht geführt werden, das Bedürfnis nach einer neuen Wirtschaft begründen.

Die Prüfung der Bedürfnisfrage hat sich weiterhin, wie in § 3 der VO vom 21. 6. 1930 bestimmt wird, auf die örtliche Lage des Betriebes und auf die Zahl, örtliche Lage und Entfernung der schon vorhandenen Gast- und Schankwirtschaften zu erstrecken.

Auch hier können wieder verschiedene Entscheidungen der bisherigen Rechtsprechung, in denen diese Richtlinien bereits ausgesprochen worden sind, angeführt werden. So vertritt beispielsweise die Entscheidung des preuß. OVG vom 5. November 1881[97] die Ansicht, daß bei der Prüfung des Bedürfnisses für eine neue Wirtschaft nicht allein das Verhältnis der vorhandenen Schankwirtschaften zum Umfange der Stadt, sondern auch die Lage und Entfernung derselben von der Wirtschaft des Gesuchstellers in Betracht gezogen werden müssen. Die Urteile des preuß. OVG vom 6. Dezember 1882 und vom 17. Oktober 1883[98] stehen auf dem Standpunkt, daß es nicht angängig sei, wenn sich die von der Erlaubnisbehörde anzustellende Prüfung nur auf den Gemeindebezirk, in dem die Wirtschaft errichtet werden soll, beschränke; die Erlaubnisbehörde habe vielmehr bei ihrer Prüfung auch die in den angrenzenden Bezirken bestehenden Verhältnisse mit in Betracht zu ziehen [99].

Dieser Ansicht des preußischen Oberverwaltungsgerichts muß zugestimmt werden. Man braucht ja nur an die Verkehrsverhältnisse in einem ländlichen Ausflugslokal zu denken, um die Richtigkeit der vom preuß. OVG vertretenen Ansicht bestätigt zu finden. Für ein solches

[94]) Reger Bd. 43 S. 221.
[95]) Parey-Wiedemann, Rechtsgrundsätze 2. Reihe S. 134 u. 35.
[96]) Braunschw. Ztschr. 71 Beil. Heft S. 10.
[97]) Reger Bd. 2 S. 130.
[98]) Reger Bd. 3 S. 132 und Reger Bd. 5 S. 5.
[99]) So auch Urt. d. OVG Oldenburg vom 19. 9. 07, Gew. Arch. 7 S. 423.

Ausflugslokal wird in dem Gemeindebezirk selbst, in welchem es gelegen ist, wohl in den seltensten Fällen ein Bedürfnis vorhanden sein. Das Bedürfnis kann hier vielmehr nur in dem Ausflugsverkehr gefunden werden. Um dieses Bedürfnis richtig einschätzen zu können, ist es aber nötig, daß auch die Verhältnisse in den angrenzenden Bezirken berücksichtigt werden. Es besteht ja beispielsweise die Möglichkeit, daß durch die in den angrenzenden Bezirken vorhandenen Ausflugslokale das Bedürfnis für solche Wirtschaften für die ganze betreffende Gegend — also auch für den Bezirk, in welchem das neue Ausflugslokal errichtet werden soll — vollauf befriedigt ist. —

VI. Die soziale Schichtung, die Lebensgewohnheiten und die Dichtigkeit der Bevölkerung müssen bei der Feststellung des Bedürfnisses berücksichtigt werden.

Auch auf die soziale Schichtung, die Lebensgewohnheiten und die Dichtigkeit der Bevölkerung, die in der Verordnung vom 21. 6. 1930 weiter aufgezählt werden, war in den bisherigen Entscheidungen Rücksicht genommen worden.

Im Urteil des preußischen OVG vom 19. November 1881[100]), wo auf das Urteil des preuß. OVG vom 5. Mai 1879[101]) Bezug genommen wird, findet sich der Ausspruch, daß bei der Beurteilung der Bedürfnisfrage auch die besonderen Ansprüche bestimmter Gesellschaftsklassen (im Gegensatz zu der Bevölkerung überhaupt) in angemessener Weise Beachtung finden müssen[102]).

Es darf nur der Personenkreis, der durch die in Frage kommende Gesellschaftsschicht gebildet wird, nicht zu klein sein[103]). Weiterhin ist Voraussetzung, daß das durch die verschiedenen Gesellschaftsklassen bedingte Bedürfnis nicht etwa durch entsprechende, bereits vorhandene Wirtschaften befriedigt werden kann[104]). Je kleiner in einem solchen Falle der Kreis der Konsumenten ist, desto strenger ist das Bedürfnis zu prüfen[105]). Es kann hier aller-

[100]) Bd. 8 S. 256/257.
[101]) Wochenschrift für Selbstverwaltung Jg. 6 S. 235.
[102]) So auch bayer. VGH vom 28. 12. 1889 (Samml. 11 S. 553), Oldenbg. OVG vom 13. 12. 1919 (Oldenbg. Ztschr. 47 S. 77) und vom 12. 10. 1920 Oldenbg. Ztschr. 48 S. 64.
[103]) Urt. d. braunschw. VGH vom 22. 6. 1910, Gew. Arch. 10 S. 251.
[104]) Urt. d. oldenbg. OVG vom 13. 12. 1919, Oldenbg. Ztschr. 47 S. 77.
[105]) Urt. d. braunschw. VGH vom 1. 3. 1905, Braunschw. Ztschr. 52 S. 39, Gew. Arch. 5 S. 247.

dings, wie bereits aus der oben zitierten Entscheidung des preuß. OVG vom 19. November 1881 zu ersehen war, immer nur eine angemessene Rücksichtnahme, die sich also in bestimmten Grenzen hält, Platz greifen. So genügt beispielsweise nicht die bloße Behauptung, daß eine bestimmte Gesellschaftsschicht sich in der neuen Wirtschaft wohler fühlen werde[106]). Wenn aber bestimmte Kreise der Bevölkerung eines Ortes in den bereits bestehenden Wirtschaften durch Wirte und Gäste in unangemessener Weise behandelt worden sind und ihnen aus diesem Grunde ein weiteres Verkehren in diesen Wirtschaften nicht mehr zuzumuten ist, so würde diese Tatsache, wie man aus der Entsch. d. braunschw. V.G.H. vom 25. 10. 1905 erkennen kann, zum Nachweis des Bedürfnisses für eine neue Wirtschaft genügen. Dabei wird auch vorausgesetzt, daß der Kreis der in Frage kommenden Personen nicht zu eng begrenzt ist.

Daß bisher auch die Dichtigkeit und die Lebensgewohnheiten der Bevölkerung bei der Würdigung der Bedürfnisfrage Beachtung fanden, zeigt uns die bayer. Anweisung vom 30. 12. 1909, in welcher den bayer. Behörden gewisse Richtlinien für die Beurteilung der Bedürfnisfrage gegeben worden waren. Es wird dort gesagt, daß bei der Feststellung des Bedürfnisses die Bevölkerungszahl, die Zahl der männlichen Erwachsenen, die Lebensgewohnheiten und die Vermögensverhältnisse der Bevölkerung in Betracht zu ziehen sind. Diesen Grundsatz findet man auch in der Entscheidung des bayer. VGH vom 28. 12. 1889[107]) und in der Entscheidung des oldenbg. OVG vom 9. 1. 1919[108]) bestätigt.

VII. Die Prüfung des Bedürfnisses ist auch auf die Erfordernisse des Orts- und Fremdenverkehrs zu richten.

Schließlich wird in § 3 der VO vom 21. 6. 1930 noch gefordert, daß die Prüfung der Bedürfnisfrage sich auch auf die Erfordernisse des Orts- und Fremdenverkehrs zu richten habe.

Diese Bestimmung wurde schon im preuß. Min.Reskr. vom 13. 8. 1835 getroffen. Es heißt dort, daß bei der Prüfung der Bedürfnisfrage hauptsächlich die Lage des betreffenden Ortes und ihr Einfluß auf den Verkehr von Reisenden usw. zu beachten sei; es müsse auch darauf Rücksicht genommen werden, ob in dem Ort Messen oder

[106]) Urt. d. braunschw. VGH vom 25. 10. 1905, Gew. Arch. 6 S. 256.
[107]) Samml. 11 S. 553.
[108]) Gew. Arch. 19 S. 293.

Märkte stattfänden und ob der Ort an besuchten Land- und Wasserstraßen liege.

Diesen Grundsatz, daß den Erfordernissen des Orts- und Fremdenverkehrs Rechnung zu tragen ist, findet man auch in zahlreichen Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte bestätigt[109]). Die Befolgung des eben besprochenen Grundsatzes ist unentbehrlich. Wenn dieser Grundsatz bei der Prüfung der Bedürfnisfrage keine Beachtung finden könnte, dann wäre es in den meisten Fällen überhaupt nicht möglich, die Erlaubnis zum Betrieb von Hotels, Gasthäusern usw. zu erteilen.

VIII. Der Entscheidung über das Vorliegen des Bedürfnisses darf nicht ein bestimmtes Verhältnis zwischen der Zahl der vorhandenen Wirtschaften und der Einwohnerzahl zu Grunde gelegt werden.

Mit der Bestimmung, die man in § 3 Abs. 2 der VO des Reichswirtschaftsministers findet, soll, wie es in der Begründung heißt, nochmals in den Ausführungsbestimmungen der Standpunkt der Reichsregierung und des Reichstags, daß nämlich die Einführung einer sogen. Relationszahl als Maßstab für die Prüfung des Bedürfnisses abzulehnen sei, zum Ausdruck gebracht werden. Es soll damit den Erlaubnisbehörden unmöglich gemacht werden, unter Mißachtung der vom Gesetzgeber vertretenen Ansicht bei der Bedürfnisprüfung im Einzelfall schematisch das Verhältnis der Zahl der vorhandenen Betriebe zur Einwohnerzahl zu Grunde zu legen. Eine Erörterung darüber, warum die Einführung einer solchen Relationszahl abgelehnt werden mußte, ist oben[110]) bereits vorgenommen worden.

Was in dieser Frage die bisherige Rechtsprechung anbelang, so wird schon im Urt. des preuß. OVG vom 5. 1. 1884[111]) ausgeführt, daß die Anwendung einer solchen Relationszahl unzulässig sei. In diesem Urteil wird noch darauf hingewiesen, daß weder die preuß. ministerielle Bekanntmachung vom 14. Sept. 1879[112]) noch die Kabin.-

---

[109]) So Urt. des preuß. OVG vom 19. Nov. 1881 (Reger 2 S. 371) und vom 25. Nov. 1884 (Parey und Wiedemann, Rechtsgrundsätze S. 144); ferner Urt. des bayer. VGH vom 28. Dezember 1889 (Sammlung 11 S. 553) und Urt. des oldenburg. OVG vom 9. 1. 1919 (Gew.-Arch. 19 S. 293) und vom 13. Dez. 1919 (oldenbg. Ztschr. 47 S. 77, Gew.-Arch. 20 S. 174) u. a.

[110]) Im Kapitel 2 Abschn. 5.

[111]) Preuß. Verw. Bl. 5 S. 167 r.

[112]) Min. Bl. f. d. i. Verw. S. 254.

Order vom 7. Februar 1835 für die Bemessung des Bedürfnisses eine solche feste Zahl vorschreiben.

IX. Das Bedürfnis kann sich auf einen bestimmten Personenkreis beschränken.

In § 4 Abs. 1 der VO vom 21. 6. 1930 wird weiter ausgesprochen, daß das Bedürfnis nicht immer dadurch ausgeschlossen wird, daß es sich nur auf einen bestimmten Personenkreis beschränkt.

Bei der Prüfung der Bedürfnisfrage hat die Erlaubnisbehörde, wie oben bereits ausgeführt wurde, immer das öffentliche Interesse im Auge zu behalten. Regelmäßig wird daher ein Bedürfnis weiterer Kreise in Frage kommen müssen. Es ist aber im Verlauf dieser Arbeit unter Anführung der Entscheidungen des braunschw. Verwaltungsgerichtshofs im Gew.Arch. 5 S. 217 und 10 S. 253 bereits festgestellt worden, daß damit nicht die Berücksichtigung der Ansprüche einzelner Volksklassen, Gesellschafts- und Erwerbsschichten ausgeschlossen wird. An dieser Stelle sollen noch weitere hier in Betracht kommende Entscheidungen der bisherigen Rechtsprechung betrachtet werden.

Wie aus dem Urt. des preuß. OVG vom 10. Mai 1906[113]) zu ersehen ist, kann eine Gast- oder Schankwirtschaftskonzession auch für einen bestimmt begrenzten Teil der Bevölkerung erteilt werden, z. B. bei einer Arbeiterkantine für die bei einem Bahnbau beschäftigten Arbeiter[114]).

Derselbe Grundsatz wird auch in der Begründung des Entwurfes zum Gast.Ges. zu § 1 Abs. 3 und zu § 23 zum Ausdruck gebracht[115]). In der eben zitierten Entsch. des preuß. OVG vom 22. 9. 1883 wird noch ausgeführt, es sei in einem solchen Falle, wo also der Wirtschaftsbetrieb auf einen bestimmten Kreis von Personen beschränkt wird, allerdings nötig, „daß der Betrieb tatsächlich für die praktische Ausübung des Gewerbes derartig unterscheidbar und zu begrenzen ist, daß sowohl die Beurteilung der Bedürfnisfrage als auch die der Zulänglichkeit des Lokals mit Sicherheit erfolgen kann und demgemäß auch die polizeiliche Kontrolle der Ausübung der Konzession überall möglich ist."[116])

---

[113]) Reger Bd. 27 S. 46.

[114]) So auch Entsch. d. preuß. OVG vom 22. 11. und 17. 10. 1883 (Entsch. Bd. 10 S. 251 und S. 254) und vom 20. 3. 1919 (Gew. Arch. 18 S. 490); ferner Entsch. des bayer. VGH vom 29. 4. 1927 (Gew.-Arch. 25 S. 213) und beispielsweise § 11 d. württ. Vollzugsverordn. von 1883.

[115]) Begründung S. 11 und S. 18.

[116]) So auch Entsch. des braunschw VGH v. 29. 10. 02 und 30. 3. 04 (Gew. Arch. 3 S. 241 und 4 S. 207).

Im Urteil vom 10. 5. 1906 spricht das preuß. OVG noch aus, daß eine derartige Konzession, die den Gast- oder Schankwirt von Anfang an nur ermächtigt, für einen bestimmt begrenzten Teil des Publikums die Wirtschaft zu betreiben, nicht gegen die Vorschrift des § 10 Abs. 1 Gew.O. (heute s. § 3 Abs. 4 Gast.Ges. , wonach die in den §§ 29 bis 33a und in 34 erwähnten Approbationen und Genehmigungen weder auf Zeit erteilt noch vorbehaltlich der Bestimmungen in den §§ 33a, 53 und 143 widerrufen werden dürfen, verstoße. Durch die Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse, auf denen das Bedürfnis für die Errichtung einer solchen Wirtschaft beruht, z. B. bei Militärkantinen, durch eine Verlegung der Mannschaften an einen anderen Ort oder bei Arbeiterkantinen durch die Fertigstellung der Bahnarbeiten, kann allerdings, wie das OVG ausführt, die Ausübung der Konzession praktisch unmöglich gemacht werden. Diese „tatsächliche Unmöglichkeit der Ausübung einer Konzession, weil sie durch Wegfall des Kundenkreises, dessen Bedürfnis zu befriedigen sie allein bestimmt war, den Boden verloren hat, hat aber begrifflich nichts gemein mit der Erteilung einer Konzession auf Zeit oder auf Widerruf."

Vom volkswirtschaftlichen Ausschuß des Reichstages war empfohlen worden, den Grundsatz, daß das Bedürfnis zu einer Wirtschaft sich auch auf einen bestimmt begrenzten Personenkreis erstrecken kann, in den Ausführungsbestimmungen der Reichsregierung besonders zu erwähnen. Dies ist dann auch in § 4 Abs. 1 der VO vom 21. 6. 1930 geschehen. Nach der Begründung zur VO war die ausdrückliche Hervorhebung dieses Grundsatzes darum nötig, weil in der Praxis der erstinstanzlichen Behörden dieser Grundsatz vielfach nicht oder nicht genügend beachtet worden war.

X. Die Richtlinien für die Prüfung des Bedürfnisses bei Anträgen auf Erteilung der Erlaubnis zum Ausschank von Getränken in Erfrischungsräumen von Theatern, Lichtspielhäusern usw.

In § 4 Abs. 2 der VO wird dann noch weiter ausgesprochen, daß die Erlaubnis zum Ausschank von Getränken in Unternehmungen, die in erster Linie künstlerische oder wissenschaftliche Vorführungen zum Gegenstand haben, das Bedürfnis nur anerkannt werden darf, wenn sowohl die regelmäßige Dauer der Vorstellung wie auch die Zahl der Zuschauer, die ein solches Unternehmen zu fassen vermag, das Bedürfnis rechtfertigen.

Es kommen hier, so wird in der VO selbst gesagt, insbesondere Theater-, Konzert- und Lichtspielvorführungen und Vortragsveranstaltungen in Betracht.

Durch die eben erwähnte Bestimmung der VO wird nicht etwa zum Ausdruck gebracht, daß bei Vorliegen der in Abs. 2 des § 4 der VO genannten Voraussetzungen das Bedürfnis für ein solches Unternehmen stets anerkannt werden müsse.

Aus dem Wort „nur" ergibt sich vielmehr, daß die in § 4 Abs. 2 der VO erwähnten Voraussetzungen nicht die einzigen sein sollen, auf die bei einer Nachprüfung der Bedürfnisfrage für den Ausschank von Getränken in einem solchen Theater, Lichtspielhaus und dergl. zu achten ist. Durch § 4 Abs. 2 soll ja bei derartigen Unternehmen gerade eine Verschärfung der Bestimmungen über die Nachprüfung der Bedürfnisfrage für einen Ausschank von Getränken erreicht werden. Wie sich aus der Begründung zur VO ergibt, will man mit dieser Bestimmung dem übermäßigen Anwachsen der Erfrischungsräume in Kinos und kleinen Theatern, das in den letzten Jahren zu beachten war, entgegentreten. Es sind also in diesen Fällen auch die sonstigen Paragraphen der VO für die Nachprüfung der Bedürfnisfrage maßgebend.

XI. Bei Wirtschaften mit ausschließlichem oder vorwiegendem Branntweinausschank darf die Bedürfnisfrage nur in Ausnahmefällen bejaht werden.

Im Rahmen der in den oben besprochenen Paragraphen 2, 3 und 4 enthaltenen Grundsätze soll nun schließlich gemäß § 5 der VO bei der Bedürfnisprüfung noch auf einige Umstände besonders geachtet werden. So wird die Erlaubnisbehörde durch die Ziff. 1 des § 5 der VO angehalten, bei Anträgen auf Erteilung der Erlaubnis zum Betrieb einer Schankwirtschaft mit ausschließlichem oder vorwiegendem Branntweinausschank (z. B. bei Bars, Likörstuben) das Bedürfnis nur in Ausnahmefällen anzuerkennen.

Auch früher hatte man das Bestreben, das Anwachsen der Wirtschaften mit Branntweinausschank möglichst einzudämmen; dies zeigt deutlich die ursprüngliche Fassung des § 33 der Gewerbeordnung von 1869. Es wurde ja, wie im 2. Kapitel der Arbeit ausgeführt wurde, damals die Erlaubnis zum Ausschenken von Branntwein – im Gegensatz zu den anderen Getränkearten — von dem Nachweis eines vorhandenen Bedürfnisses abhängig gemacht.

Eine Durchsicht der Ausführungsbestimmungen der einzelnen Länder zur Gewerbeordnung läßt erkennen, daß man durch besondere gesetzliche Regelungen in den Verordnungen versuchte, diesen Bestrebungen zum Erfolg zu verhelfen. So wird beispielsweise im § 25 der sächs. Verordnung vom 28. 3. 1892 angeordnet, daß bei Erteilung der Erlaubnis zum Betrieb der Gastwirtschaft und Schankwirtschaft stets ausdrücklich zu bemerken ist, ob sich dieselbe auch auf das Ausschenken von Branntwein erstreckt oder nicht. In § 8 der württberg. Verfügung des Ministeriums des Innern vom 9. 11. 1883, betreffend den Vollzug der Gewerbeordnung, heißt es: „Wo das Recht zum Branntweinausschank durch die Erlaubnis zur Gastwirtschaft oder in Verbindung mit der Erlaubnis zum Ausschenken anderer Getränke erteilt wurde, ist der Ausschank von Branntwein unstatthaft, wenn der Ausschank der übrigen Getränke aufgegeben wird."

In der Rechtsprechung wurde ebenfalls besonders darauf geachtet, ob bei einer Wirtschaft ein Bedürfnis gerade für den Ausschank von Branntwein anzuerkennen war. Dies zeigt die Entscheidung des preußischen OVG vom 19. November 1881[117]. Es wird dort festgestellt, daß bei einer Speisewirtschaft, auch wenn in einer solchen zeitweise Vereine verkehren, in jedem einzelnen Falle besonders nachgewiesen werden muß, ob auch ein Bedürfnis zum Ausschank gerade von Branntwein vorhanden ist. Auch in der Entschließung des bayerischen Staatsministeriums vom 30. Dezember 1909 § 1 Abs. 2 wird bestimmt, daß bei einem Gesuch um Erlaubnis zum Branntweinausschank eine besonders strenge Prüfung stattzufinden hat, und daß, falls die Bedürfnisfrage nicht unbedingt bejaht werden kann, das Gesuch abzuweisen ist. Der Grundsatz, daß bei den Anträgen auf Erteilung der Erlaubnis zum Ausschenken von Branntwein die Bedürfnisfrage besonders streng nachzuprüfen ist, muß als richtig und zweckmäßig bezeichnet werden. Wie im Laufe der Arbeit schon mehrmals erwähnt worden ist, soll ja mit der richtigen Handhabung der Bedürfnisfrage ein Stück Alkoholpolitik betrieben werden. Im Sinne dieser Politik liegt es aber, daß besonders die Gelegenheiten zum Branntweingenuß eingeschränkt werden. Es ist wohl allgemein bekannt, daß gerade der übermäßige Genuß von Branntwein, der ja gegenüber den anderen geistigen Getränken einen erhöhten Prozentsatz von Alkohol enthält, in der Bevölkerung viel Unheil anrichtet. Es gehört nicht

[117]) Entsch. Bd. 8 S. 260.

zu den Seltenheiten, daß ganze Familien nur durch die Trunksucht des Vaters wirtschaftlich zu Grunde gerichtet werden. Besonders unselige Folgen hat der übermäßige Genuß von geistigen Getränken — und hier wieder besonders derjenige von Branntwein — auch in gesundheitlicher Hinsicht und zwar nicht nur für den Trinker selbst, sondern oft auch für dessen Nachkommenschaft. Der Staat aber hat bereits schon aus finanziellen Gründen ein großes Interesse an der Bekämpfung der Trunksucht, da ihm durch die Unterhaltung der Trinkerasyle und der Heime für die aus Trinkerfamilien stammenden schwachsinnigen Kinder und nicht zuletzt durch die infolge des Alkoholgenusses oft erhöhte Kriminalität große Ausgaben erwachsen. Die strenge Nachprüfung der Bedürfnisfrage gerade bei einem Betrieb mit ausschließlichem Branntweinausschank erscheint daher als gebotenes Mittel, um den oben geschilderten Folgen des übermäßigen Alkoholgenusses erfolgreich entgegenzuwirken.

XII. Die Nachprüfung der Bedürfnisfrage bei der Ausdehnung eines Betriebes über den bisherigen Umfang hinaus und bei der Verlegung eines Wirtschaftsbetriebes in ein anderes Lokal.

Da nach § 3 des Gaststättengesetzes bei Gast- und Schankwirtschaften — abgesehen von der Betriebsart — die Erlaubnis auch für bestimmte Arten von Getränken und für bestimmte Räume zu erteilen ist, muß, wenn eine Ausdehnung des Betriebes, — sei es in Bezug auf die Getränkearten, sei es in Bezug auf die Räume, — über den bisherigen Umfang des Betriebes hinaus beantragt wird, jetzt stets geprüft werden, ob eine solche Ausdehnung durch ein Bestehen des Bedürfnisses gerechtfertigt ist[118]).

Daß in Bezug auf die Bedürfnisfrage bei jeder solchen Ausdehnung eines Wirtschaftsbetriebs auch in der Rechtsprechung bisher Rücksicht genommen worden ist, geht aus den Entscheidungen des preuß. OVG v. 19. 11. 1881[119]) und des braunschw. VGH v. 14. 10. 1908[120]) hervor.

Wie man weiter aus der Entscheidung des bayerischen VGH v. 1. 5. 1880[121]), der Bestimmungen des preußischen Ministerialreskripts v. 11. 7. 1884[122]) und den Entscheidungen des braunschw. VGH v. 13. 5. 1908 und vom 26.

[118]) So § 5 Ziff. 2 d. VO v. 21. 6. 30.
[119]) Entsch. Bd. 8 S. 260.
[120]) Gew. Arch. Bd. 9 S. 218.
[121]) Samml. 1 S. 269.
[122]) Min. Bl. S. 240.
[123]) Braunschw. Ztschr. 55 S. 35 B und 56 S. 39 B.

5. 1909[123]), entnehmen kann, hatte eine erneute Prüfung der Bedürfnisfrage im Falle der Verlegung der Räume, in denen die Wirtschaft betrieben wird, bei Hinzunahme von Räumen oder bei wesentlichen baulichen Aenderungen bereits benutzter Räume stattzufinden.

Weiterhin war die Bedürfnisfrage erneut zu würdigen, wenn ein konzessionierter Schankwirt, der seinen bisherigen Betrieb aufgegeben hatte, die Erteilung der Erlaubnis zu einer anderen Schankwirtschaft in der gleichen Gemeinde aber in einem anderen Lokal beantragte[124]).

Einen milderen Standpunkt hinsichtlich der Beurteilung der Bedürfnisfrage bei einer solchen Verlegung einer Wirtschaft nahm der § 11 letzter Absatz der württemberg. Vollzugsverordnung vom 9. November 1883 ein. Hiernach war bei Gesuchen um Verlegung einer Wirtschaft in ein anderes Lokal des gleichen Ortes die Bedürfnisfrage nur insoweit in Betracht zu ziehen, als die für die Beurteilung derselben maßgebenden Verhältnisse bei dem neuen Lokal wesentlich andere waren, als bei dem bisherigen Betrieb[125]).

Heute ist nach § 47 Nr. 2 der württembergischen Vollzugsverordnung vom 8. Juli 1930 bei Verlegung bestehender Gast- oder Schankwirtschaften in ein anderes, nicht in unmittelbarem räumlichen Zusammenhang mit dem seitherigen Lokal stehendes Gebäude, das Bedürfnis regelmäßig in gleicher Weise und mit derselben Strenge zu prüfen wie bei neu zu errichtenden Betrieben.

XIII. Die unterschiedliche Behandlung der Bedürfnisfrage bei der Errichtung neuer Wirtschaften und bei der Uebernahme bereits bestehender Wirtschaften.

Aber auch wenn es sich um die Fortführung einer Wirtschaft im bisherigen Umfange und in demselben Lokal handelt, mußte schon in der Zeit vor Erlaß des Gaststättengesetzes, wie die Heranziehung der Rechtsprechung zeigt, das Bedürfnis erneut geprüft werden.

Die Erlaubnis wird stets nur dem Antragsteller persönlich erteilt[126]). Der Bestand der Konzession ist an die Person des Konzessionsinhabers, nicht etwa an das Lokal selbst, geknüpft. Dies erklärt sich daraus, daß ja in § 33 Abs. 2 Ziff. 1 Gew.O. ebenso wie jetzt in § 2 Gast.Ges. die Erteilung der Erlaubnis insbesondere auch von der

[124]) Entsch. d. bayer. VGH vom 27. 11. 1895, Samml. Bd. 17 S. 83.
[125]) Aehnlich auch § 16 Abs. 3 d. badischen Vollzugsverordnung vom 23. Dezember 1883.
[126]) Urteil d. preuß. OVG vom 29. 11. 1888 Entsch. Bd. 17 S. 402.

persönlichen Zuverlässigkeit des Antragstellers abhängig gemacht wird. So muß die Erlaubnis versagt werden, wenn gegen den Nachsuchenden Tatsachen vorliegen, welche die Annahme rechtfertigen, daß er das Gewerbe zur Förderung der Völlerei, des verbotenen Spieles, der Hehlerei oder der Unsittlichkeit mißbrauchen werde. Wie im Urteil des preußischen Oberverwaltungsgerichts vom 24. 10. 1906[127]) entschieden worden ist, ergibt sich aus der rein persönlichen Natur der Konzession beispielsweise, daß die Konzession nicht durch den Untergang des Lokals oder durch eine gerichtliche Zwangsversteigerung des betreffenden Hauses verloren geht. Sie bleibt aber andererseits nicht an dem Lokal haften, wenn der Konzessionsinhaber stirbt oder die Konzession aus irgend einem Grunde aufgibt. Bei einem Wechsel in der Person des Wirtschaftsinhabers erlischt die Konzession. Dies hat zur Folge, daß bei einer solchen Aenderung in der Person des Wirtschaftsinhabers nicht nur die persönliche Zuverlässigkeit des neuen Antragstellers, sondern jedesmal auch die Beschaffenheit oder die Lage des Lokals und insbesondere auch die Bedürfnisfrage erneut geprüft werden müssen[128]).

Auch wenn eine Wirtschaft bereits jahrelang bestanden hat muß also bei der Uebernahme des Lokals durch einen neuen Wirtschaftsinhaber in eine erneute, selbständige Prüfung der Bedürfnisfrage eingetreten werden.

So wird schon im Urteil des preußischen OVG v. 19. 11. 1881[129]) gesagt, daß die Behörde durch den langjährigen Bestand einer Wirtschaft nicht der Prüfung der Bedürfnisfrage überhoben wird. Auch das Urteil des braunschw. VGH v. 9. 11. 1901[130]) bringt zum Ausdruck, daß der Umstand des schon jahrelangen oder jahrzehntelangen Bestehens einer Wirtschaft allein kein genügender Beweis für das Vorliegen eines Bedürfnisses sei. So auch Urteil des braunschw. VGH v. 21. 2. 1912[131]).

Dieser Grundsatz, der übrigens auch schon in der Begründung zum Schankstättengesetzentwurf 1923 S. 8 und auch z. B. in § 2 Abs. 1 des bayer. Minist.Erlasses vom

---

[127]) Reger Bd. 27 S. 183.

[128]) Urt. d. preuß. OVG. vom 14. 1. 1880, Preuß. Verw.Bl. 1 S. 340 und vom 20. Mai 1882, Preuß. Verw.Bl. 3 S. 317 und vom 13. Mai 1882, Parey und Wiedemann, Rechtsgrundsätze S. 138. So auch Ziff. 6 der preuß. Kabinettsorder vom 7. Februar 1835 u. Min. Reskr. vom 11. Juli 1884, Min. Bl. S. 240. Entsch. des bayerischen VGH vom 14. 9. 1880, Samml. 2, 62.

[129]) Reger Bd. 2 S. 371.

[130]) Gew.Arch. 4 S. 555.

[131]) Braunschw. Zeitschr. 59 S. 29.

30. 12. 1909 ausgesprochen wird, wird nun auch im § 5 Ziff. 3 der VO des Reichswirtschaftsministers vom 21. Juni 1930 hervorgehoben. Es heißt dort: „Bei Anträgen auf Erteilung der Erlaubnis zum Betrieb einer schon vorhandenen Gast- oder Schankwirtschaft darf, insbesondere bei Betrieben, die einem häufigen Besitzwechsel unterliegen, das Bedürfnis nicht allein schon aus dem bisherigen Vorhandensein des Betriebes gefolgert werden. Auch hier sind alle für die Bedürfnisprüfung maßgebenden Umstände in Betracht zu ziehen."

Es muß in solchen Fällen also eine Prüfung angestellt werden, ob sich die tatsächlichen Verhältnisse, die früher zu der Erteilung der Konzession geführt hatten, geändert haben. Die Erlaubnisbehörde muß untersuchen, ob nicht etwa beispielsweise inzwischen durch die Errichtung anderer Schankstätten, durch die Verringerung der Einwohnerzahl oder durch die Verminderung des Verkehrs und dergleichen mehr ein Bedürfnis für die Fortsetzung der Wirtschaft jetzt nicht mehr anerkannt werden kann[132].

Es ist aber, wie das Urteil des preuß. OVG vom 19. 11. 1881[133]) ausgesprochen hat, andererseits nicht unzulässig, in dem Bestehen und der Art der Benutzung der Wirtschaft ein Anzeichen für das Vorhandensein des Bedürfnisses zu erblicken.

Besonders deutlich spricht dies die Entscheidung des hess. Min. d. Inn. vom 24. 5. 1911[134]) aus, indem sie erklärt, „daß bei dem Uebergang bestehender Wirtschaftskonzessionen an neue Inhaber im Interesse tunlichster Erhaltung vorhandener Werte das Vorliegen des öffentlichen Bedürfnisses vermutet werden kann, wenn der Betrieb längere Zeit ohne Unterbrechung und mit Erfolg stattgefunden hat."

Auch in § 11 Abs. 4 der württembergischen Verfügung des Ministeriums des Innern v. 9. Nov. 1883 wird gesagt, daß von dem Nachweis eines Bedürfnisses ausnahmsweise abgesehen werden kann, wenn es sich um die Erteilung der Konzession bei Uebernahme einer bereits bestehenden Wirtschaft handelt, welche seit längerer Zeit betrieben wird oder deren Räumlichkeiten für den seitherigen Wirtschaftsbetrieb mit erheblichem Aufwand eingerichtet worden sind.

Diesen Erwägungen hat wohl die Verordnung vom 21.

[132]) Urteile d. braunschw. VGH v. 25. 10. 1905 Gew. Arch. 6 S. 256 und vom 3. 10. 1906, Gew. Arch. 7 S. 227 und vom 21. Febr. 1912, Preuß. Verw. Bl. 34 S. 596 links.

[133]) Entsch. Bd. 8 S. 256/257.

[134]) 31. Bd. S. 148.

Juni 1930 durch die Bestimmung im § 5 Ziff. 2 Rechnung getragen, wo angeordnet wird, daß in den Fällen, in denen es sich um die Errichtung eines neuen Betriebes oder um die Ausdehnung eines bestehenden Betriebes auf bisher nicht zugelassene Räume oder Getränke handelt, bei der Bedürfnisprüfung ein strengerer Maßstab anzulegen ist, als in den Fällen, in denen es sich um die Fortführung bestehender Wirtschaften im bisherigen Umfange handelt.

In § 5 Ziffer 3 der Verordnung vom 21. 6. 1930 heißt es dann noch, „daß im übrigen bei Würdigung der Bedürfnisfrage unbeschadet des Zieles einer planmäßigen Verminderung der über das Bedürfnis hinaus vorhandenen Wirtschaften die bestehenden Betriebe nur insoweit als gleichwertig angesehen werden sollen, als sie nach Größe und Betriebsart gleichwertig sind."

XIV. Die Grundsätze für die Prüfung des Bedürfnisses bei einem Antrag auf Erteilung der Erlaubnis zum Betrieb einer Gastwirtschaft.

Im § 5 Ziffer 4 der Verordnung wird schließlich weiter darauf hingewiesen, daß bei Erlaubniserteilungen an eine Gastwirtschaft die Prüfung sich nicht nur auf das Vorhandensein des Bedürfnisses für Fremdenbeherbergung zu richten habe, sondern daß in einem solchen Falle auch eine besondere Prüfung des Bedürfnisses nach dem Ausschank der einzelnen Getränkearten anzustellen ist. Diese Bestimmung entspricht dem bereits im § 3 des Gaststättengesetzes zum Ausdruck gebrachten Grundsatz.

Nach der früher herrschenden Auffassung umfaßte die Erlaubnis zum Betrieb einer Gastwirtschaft außer der Befugnis zur Beherbergung von Gästen zugleich auch die Befugnis zum Ausschank aller Arten von Getränken, es sei denn, daß die Erlaubnis ausdrücklich auf das Beherbergen und den Ausschank nichtgeistiger Getränke beschränkt worden war[135]).

Der in § 5 Ziff. 4 der Verordnung vom 21. 6. 1930 getroffenen strengen Regelung ist gegenüber der früheren weitherzigeren Auffassung der Vorzug zu geben. Im Interesse einer gesunden Alkoholpolitik muß es vermieden werden, daß durch den Betrieb von Gastwirtschaften die

[135]) Preuß. OVG vom 9. 4. 1888, Reger 9 S. 190; bayer. Min. Erl. vom 30. 12. 1909, § 3 Abs. 3, Amtsbl. d. Bayer. Staatsmin. des Aeußeren und d. Innern 1910 S. 3; § 8 Abs. 1 der württembergischen Vollzugsverfügung zur Gew. O. vom 9. 11. 1883, Reg. Bl. S. 234; § 47 Abs. 1 der badischen Vollzugsverordnung vom 23. 12. 1883.

Gelegenheit zum Ausschenken von Getränken über das hierfür vorhandene Bedürfnis hinaus gegeben wird; denn es liegt nicht in allen Fällen, in denen man ein Bedürfnis nach Fremdenbeherbergung anerkennen muß, zugleich auch ein Bedürfnis nach dem Ausschank aller Arten von Getränken vor. Mit Hinblick auf die vom Gesetzgeber erstrebte Verminderung der Gelegenheiten zum Alkoholgenuß ist es daher von Bedeutung, daß es heute den Erlaubnisbehörden durch § 5 Ziff. 1 der Verordnung vom 21. 6. 1930 zur besonderen Pflicht gemacht wird, bei Anträgen auf Erteilung der Erlaubnis zum Betrieb einer Gastwirtschaft grundsätzlich die Prüfung sowohl auf das Bedürfnis für die Fremdenbeherbergung, wie auf das Bedürfnis für den Ausschank der einzelnen Getränkearten zu richten.

6. Kapitel.

Die Sperrfrist nach § 21 des Gaststättengesetzes.

In Preußen ist von der in Abs. 2 des § 21 Gast.Ges vorgesehenen Anordnung einer Sperrfrist Gebrauch gemacht worden. Es dürfen jetzt nach § 1 der preußischen Verordnung vom 13. November 1931 in Preußen Erlaubnisse für neu zu errichtende Schankwirtschaften bis zum 1. Oktober 1934 grundsätzlich nicht erteilt werden. Ausnahmen dürfen nur mit Genehmigung der Regierungspräsidenten (in Berlin des Polizeipräsidenten) gemacht werden. Die einzelnen Fälle, in denen Ausnahmen stattfinden können, sind in einem Runderlaß des preuß. Ministers des Innern vom 14. November 1931[136] noch näher beschrieben.

Wie man aus der Begründung zum Entwurf des Gaststättengesetzes ersehen kann, sollte mit der Möglichkeit der Anordnung einer allgemeinen Sperrfrist der obersten Landesbehörde eine Handhabe gegeben werden, die weitere Zunahme der Gast- und Schankwirtschaften für einen bestimmten Zeitraum unmöglich zu machen. Denn in manchen Bezirken war man, obwohl bei der Erlaubniserteilung im Einzelfalle die Bedürfnisfrage streng nachgeprüft wurde, doch nicht in der Lage, das Anwachsen der Wirtschaften in befriedigender Weise zu verhindern.

Die Anordnung der Sperrfrist ist gemäß § 21 Abs. 2 des Gaststättengesetzes an die Voraussetzung geknüpft, daß nach dem Ermessen der obersten Landesbehörde oder der von ihr bestimmten Stellen die Zahl der nach § 1 Abs. 1 Gast.Ges. erlaubnispflichtigen Betriebe das Bedürfnis in einem Bezirke übersteigt.

[136]) II E 835, Min. Bl. f. d. i. Verw. S. 1164.

Bei diesen Voraussetzungen wäre demnach der Nachweis des Bedürfnisses eigentlich auch im Einzelfalle nicht möglich. Die Bestimmung findet aber ihre Rechtfertigung darin, daß es im Interesse einer erfolgreichen Verhinderung des weiteren Anwachsens der Wirtschaften liegt, wenn die Prüfung der Bedürfnisfrage, die ja sonst von den Erlaubnisbehörden für den Einzelfall vorgenommen wird, nach der Ausnahmevorschrift des § 21 Abs. 2 von der obersten Landesbehörde für einen ganzen Bezirk angestellt werden kann, und wenn, falls die Zahl der Wirtschaften nach Ansicht der obersten Landesbehörde das Bedürfnis übersteigt, die Möglichkeit gegeben ist, einfach eine Sperrfrist für mehrere Jahre anzuordnen.

Im Falle des § 21 Abs. 2 Gaststättengesetz handelt es sich also, im Gegensatz zu der Bestimmung des § 1 Abs. 2 Gaststättenges., nicht um das Bedürfnis für eine einzelne, bestimmte Wirtschaft, sondern um das in einem ganzen Bezirk — losgelöst von einem Einzelfall — in Betracht kommende Bedürfnis. Die Elemente dieses in § 21 Abs. 2 genannten Bedürfnisses sind aber dieselben, wie die bei einem Bedürfnis im Einzelfall. Auch bei der Prüfung des Bedürfnisses im Sinne des § 21 Abs. 2 des Gaststättengesetzes hat demnach die oberste Landesbehörde auf alle diejenigen Umstände zu achten, die bei einer Bedürfnisprüfung im Einzelfalle nach der Verordnung des Reichswirtschaftsministers vom 21. Juni 1930 zu berücksichtigen sind.

7. Kapitel.

Die Behandlung der Bedürfnisfrage bei Realgewerbeberechtigungen.

Im folgenden soll noch die Behandlung der Bedürfnisfrage bei Realgewerbeberechtigungen für Gast- und Schankwirtschaften betrachtet werden. Diese spielen in manchen Ländern zahlenmäßig eine nicht unbedeutende Rolle. So bestehen im bayerischen Staatsgebiet, wie aus den Ausführungen des Abgeordneten Loibel in der 155. Sitzung des Reichstages[137]) zu entnehmen ist, noch 12440 solche Realgewerbeberechtigungen für Gast- und Schankwirtschaften.

Die Gewerbeordnung §§ 10 und 48 und auch das Gaststättengesetz § 24 verstehen unter Realgewerbeberechtigungen sowohl Rechte, die mit einem bestimmten Grundstück verbunden sind (sogen. radizierte Realrechte) als

[137]) Stenogr. Bericht S. 4792.

auch solche, die nicht mit einem bestimmten Grundstück verbunden sind, sondern auf einem beliebigen Grundstück benutzt werden können. Die letzteren Realgewerbeberechtigungen bezeichnet man auch als „walzende" oder „rollierende" Realrechte.

Die Realgewerbeberechtigungen - die vererblich und veräußerlich sind - nehmen kraft ihres dinglichen Charakters eine Sonderstellung ein. Im Rahmen dieser Arbeit interessiert hier nur besonders, daß bei ihnen nach der herrschenden Ansicht in Wissenschaft und Rechtsprechung die Bedürfnisfrage bisher nicht nachgeprüft werden konnte.

So wird in der Entscheidung des preußischen OVG vom 21. 6. 1869[138]) ausgesprochen, daß eine Prüfung der Bedürfnisfrage im Falle der Ausübung einer Realschankberechtigung nicht in Betracht kommen kann. Die Entscheidung nimmt Bezug auf das Erkenntnis des Obertribunals vom 21. 12. 1852[139]) und führt aus, es wäre dort auch bereits richtig entschieden worden, daß die mit ländlichen Grundstücken verbundenen, schon vor dem Jahre 1810 begründeten Schankgerechtigkeiten durch die neuere Gesetzgebung nicht aufgehoben seien und daß bei derartigen Schankberechtigungen die Erlaubnis zum Betriebe des Gewerbes weder von der Nützlichkeit noch von dem Bedürfnis abhängig gemacht werden dürfe.

An dem Grundsatz, daß die Prüfung der Bedürfnisfrage im Falle des Gesuchs zum Betrieb einer Realgewerbeberechtigung nicht in Betracht kommen kann, hat das OVG auch später immer festgehalten[140]).

Auch nach der Entscheidung des bayerischen VGH vom 3. 5. 1881[141]) darf die Bedürfnisfrage mit Rücksicht auf § 48 Gew.O. bei der Ausübung eines einfachen (nicht radizierten) Realrechts nicht geprüft werden. Das Urteil des bayer. VGH vom 23. 10. 1889[142]) spricht aus, daß die Bedürfnisfrage nur dann geprüft werden soll, wenn es sich um die Uebertragung eines radizierten Realrechts auf ein anderes Grundstück handelt.

Durch diese herrschende Ansicht wurde, wie Landmann-Rohmer[143]) treffend bemerkt, der Handel mit Realrechten sehr begünstigt und dadurch die mit der Einfüh-

[138]) Entsch. Bd. 3 S. 249.
[139]) Entsch. Bd. 25 S. 100.
[140]) Urteile vom 28. 11. 1877, Entsch. Bd. 3 S. 249, vom 1. 4. 1882, Entsch. Bd. 8 S. 272, vom 5. 3. 1883, Parey und Wiedemann 2. Reihe, und vom 15. 3. 1917, Gew. Arch. 17 S. 35. So auch die sächsische Verordnung vom 15. 11. 1889 Reger Erg. Bd. 1 S. 7.
[141]) Samml. 3 S. 7.
[142]) Samml. 11 S. 1.
[143]) Komm. zur Gewerbeordnung 1928 S. 624.

rung des Bedürfnisnachweises erstrebte Verminderung der Zahl der Gast- und Schankwirtschaften in diesen Fällen unmöglich gemacht.

Auch in der Begründung der Regierungsvorlage zum Gaststättengesetz [144]) wurde darauf hingewiesen, daß diese Sonderbehandlung der Realgewerbeberechtigungen, die den öffentlichen Interessen zuwiderlaufe, nicht gerechtfertigt werden könne.

Im § 24 Abs. 1 1. Halbsatz des Gaststättengesetzes wird nun zunächst der Grundsatz ausgesprochen, wie er der bisher herrschenden Ansicht in Rechtsprechung und Wissenschaft entspricht. Es wird dort gesagt, daß die Vorschrift über den Bedürfnisnachweis (§ 1 Abs. 2 Gast.Ges.) auf Realgewerbeberechtigungen keine Anwendung finden darf.

Im Abs. 1 2. Halbsatz und im Abs. 2 des § 24 Gast.-Ges. finden sich aber Bestimmungen, die die Möglichkeit geben, auch bei einer Realgewerbeberechtigung in den dort erwähnten Fällen eine Prüfung der Bedürfnisfrage eintreten zu lassen.

Eine Bedürfnisprüfung hat gemäß § 24 Abs. 1 2. Halbsatz dann stattzufinden, wenn die Gast- oder Schankwirtschaft innerhalb der der Stellung des Antrages vorhergehenden letzten drei Jahre nicht betrieben worden ist. Dabei wird, wie sich aus der Begründung der Regierungsvorlage[145]) ergibt, vorausgesetzt, daß die Wirtschaft nicht auf Grund der Realgewerbeberechtigung unterhalten worden ist.

Eine Bedürfnisprüfung kann fernerhin (falls es die oberste Landesbehörde bestimmt) gemäß § 24 Abs. 2 Gast.-Ges. auch dann in Frage kommen, wenn die Erlaubnis auf Grund einer Realgewerbeberechtigung für ein Grundstück nachgesucht wird, auf welchem die Erlaubnis auf Grund dieser Realgewerbeberechtigung bisher nicht ausgeübt worden ist.

Durch diese letzte Bestimmung werden besonders die einfachen — nicht mit einem Grundstück verbundenen — realen Gewerberechte betroffen; denn, wie oben bereits durch Anführung der Entscheidung des bayerisch. VGH vom 23. 10. 1889 festgestellt worden ist, war im Falle der Uebertragung eines mit einem Grundstück verbundenen Realrechts auf ein anderes Grundstück auch bisher die Nachprüfung der Bedürfnisfrage erforderlich.

---

[144]) S. 19.
[145]) S. 19.

Während nach der Bestimmung des § 21 Abs. 1 2. Halbsatz als Folge des 3jährigen Ruhens die Realgewerbeberechtigung, wie sich u. a. auch aus der Begründung[146] ergibt, ihre Sonderstellung für immer verliert, tritt im Falle des § 24 Abs. 2 keine dauernde Entwertung des realen Gewerberechts ein. Wenn beispielsweise später bei einer Wirtschaft, nachdem bei ihr bereits einmal gemäß § 24 Abs. 2 eine Bedürfnisprüfung stattfinden mußte, ein Wechsel in der Person des Inhabers eintritt, so kann eine Nachprüfung der Bedürfnisfrage bei diesem Wechsel nicht vorgenommen werden. Handelt es sich aber bei einem solchen Wechsel in der Person des Inhabers um eine Gast- oder Schankwirtschaft, auf die früher einmal die Bestimmung des § 24 Abs. 1 2. Halbsatz zur Anwendung gekommen ist, so muß auch bei diesem Wechsel in der Person des Inhabers die Bedürfnisprüfung stattfinden; denn im Falle des § 24 Abs. 1 2. Halbsatz tritt, wie erwähnt, eine dauernde Entwertung des realen Gewerberechts ein.

Sind nun im Einzelfalle die im § 24 Abs. 1 2. Halbsatz Gast.Ges. genannten Voraussetzungen oder ein Fall des § 24 Abs. 2 Gast.Ges. gegeben, so findet auf eine solche Gast- oder Schankwirtschaft auch die Bestimmung des § 21 Abs. 2 Gast.Ges. Anwendung. Allerdings kann eine Sperrfrist, wie oben[147] ausgeführt wurde, nur dann angeordnet werden, wenn festgestellt wird, daß die Zahl der Wirtschaften in einem Bezirk das Bedürfnis übersteigt — wenn also vorher eine Prüfung der Bedürfnisfrage stattgefunden hat. Aus der Tatsache nun, daß nach § 24 Abs. 1 Gast.Ges. 1. Halbsatz bei Realgewerbeberechtigungen eine Prüfung der Bedürfnisfrage nicht vorgenommen werden darf, ist zu schließen, daß die nach § 24 Abs. 1 Satz 1 1. Halbsatz Gast.Ges. zu behandelnden Fälle nicht unter eine Sperrverordnung gemäß § 21 Abs. 2 Gast.Ges. fallen können.

Handelt es sich also um eine Gast- oder Schankwirtschaft, die in den letzten drei Jahren vor Stellung des Antrags auf Erteilung der Erlaubnis nicht betrieben worden ist (§ 24 Abs. 1 Satz 1 zweiter Halbsatz Gast.Ges.) oder um einen Fall, in dem die Erlaubnis auf Grund einer Realgewerbeberechtigung für ein Grundstück nachgesucht wird, auf welchem die Erlaubnis auf Grund dieser Realgewerbeberechtigung bisher nicht ausgeübt worden ist (§ 24 Abs. 2 Gast.Ges.), so muß angenommen werden, daß

[146]) S. 19.
[147]) Kapitel 6 der Arbeit.

sich eine nach § 21 Abs. 2 Gast.Ges. erlassene Sperrverordnung auch auf diese Realgewerbeberechtigung erstreckt[148]. Denn im Gegensatz zu den Fällen des § 24 Abs. 1 erster Halbsatz Gast.Ges. ist ja eine Bedürfnisprüfung hier überhaupt möglich. Deshalb kann sich auch eine Sperrverordnung, die von der in § 21 Abs. 2 Gast.Ges. vorgesehenen Bedürfnisprüfung abhängig gemacht werden muß, auch auf diese Betriebe erstrecken. In den Fällen des § 24 Abs. 1 1. Halbsatz Gast.Ges. dagegen, bei denen jede Bedürfnisprüfung überhaupt schlechthin unmöglich ist, kann sich die zum Erlaß der Sperrverordnung vorgeschriebene Bedürfnisprüfung nicht mit auf diese Realgewerbeberechtigungen des § 24 Abs. 1 1. Halbsatz Gast.-Ges. erstrecken und darum können diese Betriebe auch nicht unter die Sperrverordnung des § 21 Abs. 2 Gast.Ges. fallen.

8. Kapitel.

Handelt es sich bei der Nachprüfung der Bedürfnisfrage durch die Verwaltungsgerichte um die Würdigung einer Rechtsfrage oder einer Ermessensfrage?

In § 18 Ziff. 2 Gast.Ges. ist bestimmt, daß, soweit ein Verwaltungsstreitverfahren stattfindet, auch der Nachweis des Bedürfnisses (§ 1 Abs. 2) der gerichtlichen Nachprüfung unterliegt. Damit ist im Gegensatz zu dem Rechtszustand vor Erlaß des Gaststättengesetzes jetzt eine gleichmäßige Nachprüfung der Bedürfnisfrage in denjenigen deutschen Ländern, in denen hier überhaupt ein Verwaltungsstreitverfahren möglich ist, gewährleistet. Früher war die Regelung dieser Frage allein der Landesgesetzgebung vorbehalten; infolge der unterschiedlichen Bestimmungen in den Verwaltungsgerichtsgesetzen der einzelnen Länder wurde die Nachprüfung der Bedürfnisfrage daher sehr verschieden behandelt. Da nach den Bestimmungen der Verwaltungsgerichtsgesetze der meisten deutschen Länder die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte nur auf die Nachprüfung von Rechtsfragen beschränkt war, die Würdigung der Bedürfnisfrage des Wirtschaftskonzessionswesens aber als eine Ermessensfrage angesehen wurde, war in vielen Ländern eine Nachprüfung der Bedürfnisfrage durch eine verwaltungsgerichtliche Instanz nur in einem sehr beschränkten Umfange möglich. Denn die Verwaltungsgerichte dieser Länder mußten bei der Nachprüfung einer Entscheidung über ein Wirtschaftskonzessionsgesuch, in welcher die richtige Beurteilung des Be-

[148]) So auch Michel das Gaststättengesetz v. 1930 S. 217 bis 218.

dürfnisses in Frage stand, immer darauf achten, daß sie ihre Kontrolle nicht etwa auch mit auf den Bereich erstreckten, in dem die Verwaltungsbehörde nach ihrem Ermessen entscheiden durfte. Heute hat das Verwaltungsgericht dagegen, wenn es die Entscheidung der Vorinstanz hinsichtlich der richtigen Beurteilung des Bedürfnisses kontrollieren muß, bei dieser Kontrolle in vollem Umfange nachzuprüfen, ob die Bedürfnisfrage von der Vorinstanz richtig beurteilt worden ist. Mit der Aufnahme der erwähnten Bestimmung des § 18 Nr. 2 2. Halbsatz in das Gaststättengesetz ist also bei der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung einer Entscheidung, die ein Wirtschaftskonzessionsgesuch zum Gegenstand hat, heute die schwierige Abgrenzung zwischen Rechts- und Ermessenskontrolle weggefallen. Diese Abgrenzung war früher deshalb nötig, weil sich die Nachprüfung durch ein nur auf Rechtskontrolle beschränktes Verwaltungsgericht erheblich von der Art und Weise der Nachprüfung, die durch ein Verwaltungsgericht vorgenommen werden kann, das auch zur Ermessenskontrolle berechtigt ist, unterscheidet.

I. Rechtskontrolle und Ermessenskontrolle.

Bei der Rechtskontrolle prüft das Verwaltungsgericht die Entscheidung der Vorinstanz auf ihre Rechtmäßigkeit nach: es untersucht, ob die Verwaltungsbehörde alle bei dem betreffenden Verwaltungsakt gesetzlich zu beachtenden Rechtsnormen richtig angewandt hat.

Bei der Ermessenskontrolle erstreckt sich die Untersuchung dagegen nicht auf die Rechtmäßigkeit, sondern auf die Zweckmäßigkeit des angefochtenen Entscheids der Vorinstanz; es wird nachgeprüft, ob die Entscheidung der Verwaltungsbehörde vom Standpunkt der guten Verwaltung aus als gut oder schlecht, als geboten oder nicht geboten angesehen werden kann.

Die Ermessenskontrolle zielt darauf ab, wie Merkel[149] ausführt, „einen zwar rechtmäßigen aber zweckwidrigen durch einen ebenso rechtmäßigen, jedoch — nach der Auffassung des kontrollierenden Verwaltungsgerichts — zugleich auch zweckmäßigeren, nicht bloß rechtlich richtigen, sondern auch ethisch, politisch oder nach sonstigen maßgebenden Wertmaßstäben richtigen Akt zu ersetzen."

II. Die Beurteilung der Rechtsnatur der Bedürfnisfrage in der Zeit vor Erlaß des Gaststättengesetzes.

[149]) Allgemeines Verwaltungsrecht 1927 S. 385.

A: Die unterschiedlichen Bestimmungen über die Nachprüfung der Bedürfnisfrage in den Verwaltungsgerichtsgesetzen der einzelnen deutschen Länder.

1. Preußen.

Eine verwaltungsgerichtliche Ermessenskontrolle fand, was die Nachprüfung der Bedürfnisfrage des § 33 Abs. 3 Gew.O. anbelangt, in Preußen gemäß § 111 des Zuständigkeitsgesetzes von 1883 statt. Nach dieser Bestimmung mußte die Bedürfnisfrage von den Kreis- und Bezirksausschüssen in vollem Umfange nachgeprüft werden. In § 114 Zust.Ges. wird, ohne daß dort hinsichtlich der Ueberprüfung der Bedürfnisfrage eine besondere Regelung getroffen wird, ganz allgemein angeordnet, daß bei Anträgen auf Erteilung der Erlaubnis zum Betriebe der Gastwirtschaft oder Schankwirtschaft der Kreis-(Stadt)ausschuß beschließt und daß, falls die Erlaubnis versagt wird, der Antragsteller berechtigt sein soll, den Antrag auf mündliche Verhandlung im Verwaltungsstreitverfahren zu stellen. In richtiger Auslegung dieser in § 114 Zust.Ges. getroffenen positiven gesetzlichen Regelung wurde daher von den Kreis-(Stadt-) Ausschüssen und den in zweiter Instanz endgültig entscheidenden Bezirksausschüssen (§ 114 Abs. 4) – bei der Kontrolle einer Entscheidung der Erlaubnisbehörde über ein Wirtschaftskonzessionsgesuch auch die Bedürfnisfrage in vollem Umfange nachgeprüft. Die Kreisausschüsse und Bezirksausschüsse werden nun, wenn sie gemäß § 114 Zust.Ges. über ein Wirtschaftskonzessionsgesuch zu befinden haben, als Verwaltungsgerichte tätig[150]). Nach den Bestimmungen des Zuständigkeitsgesetzes wurde also in Durchbrechung des bekannten Grundsatzes, daß

---

[150]) Auf ihren Charakter als Verwaltungsgerichte hat die Unselbständigkeit ihrer Verfassung keinen Einfluß. Die Verwaltungsgerichte sind zwar — im Gegensatz zu den ordentlichen Gerichten, die durchweg besondere und selbständige Behörden sind — vielfach nur unselbständig an eine andere Behörde angegliedert. Wie Karl Friedrichs, Verwaltungsrechtspflege 1. Band 1920 S. 59 ff. und S. 73 feststellt, sind die Verwaltungsgerichte aber auch soweit sie mit einer Kommunalbehörde zusammenfallen oder ihr angegliedert sind, als unabhängige Gerichte anzusehen. Um solche Gerichte handelt es sich bei den Kreis- und Bezirksausschüssen (Friedrichs aaO. S. 60). Ueber die Anträge auf Erteilung der Erlaubnis zum Betriebe einer Gast- oder Schankwirtschaft entscheiden die Kreis- und Bezirksausschüsse, je nach den entsprechenden Anträgen der Beteiligten, im Urteils- oder Beschlußverfahren. Die näheren Vorschriften ergeben sich aus §§ 20, 21 GewO. in Verbindung mit den ergänzenden Bestimmungen des preußischen Landesverwaltungsgesetzes vom 30. Juni 1883. Die Urteile und Beschlüsse der Kreis- und Bezirksausschüsse sind vollstreckbar.

sich im allgemeinen die Verwaltungsgerichtsbarkeit nur auf solche Fragen zu erstrecken habe, bei denen es sich um eine Entscheidung nach Rechtsgrundsätzen handele, den unteren preußischen Verwaltungsgerichten die Ueberprüfung einer Ermessensfrage zugewiesen[151]. Mit Recht stellt daher Meyer-Anschütz[152] fest, daß die Zuständigkeit der preußischen Verwaltungsgerichte im Gegensatz zu der bayerischen, sächsischen, württembergischen und badischen Verwaltungsgesetzgebung, wonach alle Ermessenssachen grundsätzlich von der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung ausgeschlossen werden, nicht in allen Fällen auf die Nachprüfung von Rechtsfragen beschränkt ist, sondern daß die Entscheidungen der Verwaltungsgerichte in Preußen auch solche Gegenstände umfassen, bei denen es sich um die Würdigung tatsächlicher Verhältnisse und um Fragen der Zweckmäßigkeit oder Billigkeit handelt.

Die Nachprüfung der Entscheidung über ein Konzessionsgesuch gemäß § 114 Zust.Ges. durch die unteren Verwaltungsgerichte (Kreis- und Bezirksausschüsse), bei der also die Entscheidung der Erlaubnisbehörde insbesondere auch auf ihre Zweckmäßigkeit kontrolliert wurde, unterscheidet sich allerdings erheblich von der Art und Weise der Nachprüfung, die das preußische Oberverwaltungsgericht vor Inkrafttreten des Zuständigkeitsgesetzes vornahm, wenn es Veranlassung hatte, sich als Revisionsgericht mit der Bedürfnisfrage zu befassen. Während nach dem Zuständigkeitsgesetz gemäß § 114 ebenso wie nach der Bestimmung in Ziff. 6 des II. Abschnittes der preußischen Verordnung vom 18. Juni 1930 alle Gewerbekonzessionssachen endgültig vom Bezirksausschuß entschieden werden, hatte das preußische Oberverwaltungsgericht vor 1883 als Revisionsgericht oft Gelegenheit, über ein Wirtschaftskonzessionsgesuch zu entscheiden. In der Entscheidung vom 19. November 1881[153] weist das OVG nun darauf hin, daß das Gesetz (§ 33 Gew.O. u. Nr. 1 der Kabinettsorder vom 7. Februar 1835) „die Prüfung des Bedürfnisses als einer rein tatsächlichen in das freie Ermessen der zur Konzessionserteilung zuständigen Behörde stellt." Diese Auffassung des Oberverwaltungsgerichts über die Bedürfnisfrage war nicht ohne Einfluß auf die Art und

[151]) In der Zeit vor Erlaß des Gast.Ges. wurde auch in Preußen, wie unten noch näher besprochen werden wird, die Beurteilung der Bedürfnisfrage des Wirtschaftskonzessionswesens als eine Ermessensfrage angesehen.

[152]) Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts 3. Teil, 7. Aufl. 1919 S. 787.

[153]) Entsch. Bd. 8 S. 256.

Weise, wie es diese Frage nachprüfte. Das OVG prüfte die Bedürfnisfrage nur dann nach, wenn ihre unrichtige Beantwortung eine Rechtsverletzung enthielt, wenn nämlich die Verwaltungsbehörde die Grenzen, die ihr vom Gesetzgeber auch für die Entscheidung der Ermessenssachen gezogen sind, überschritten hatte[154]). Das OVG prüfte dagegen nicht nach, ob die von der Verwaltungsbehörde über die Bedürfnisfrage getroffene Entscheidung vom Standpunkt der guten Verwaltung aus als zweckmäßig — als geboten oder nicht geboten — anzusehen war. Soweit es sich also um eine Entscheidung des Oberverwaltungsgerichts handelte, war hier auch in Preußen streng der Grundsatz durchgeführt, daß zur Zuständigkeit des Oberverwaltungsgerichts lediglich die Nachprüfung von Rechtsfragen gehörte. Das OVG beschränkte sich daher bei der Nachprüfung der Bedürfnisfrage — eben weil das OVG die Würdigung dieser Frage durch die Verwaltungsbehörde als einen Akt des freien Ermessens ansah — nur auf Rechtskontrolle. Das OVG hat also nicht etwa, wie dies von Bühler angenommen wird, die Bedürfnisfrage des Wirtschaftskonzessionswesens als eine Rechtsfrage erklärt. Bühler [155]) behauptet nämlich, daß das preußische Oberverwaltungsgericht, als es noch in Wirtschaftssachen als Revisionsgericht in Frage kommen konnte, sich in der Entscheidung vom 17. Oktober 1883[156]) auf den Standpunkt gestellt habe, die unrichtige Beurteilung der Bedürfnisfrage sei unrichtige Anwendung des bestehenden Rechts im Sinne der §§ 64, 68 des preußischen Gesetzes, betr. die Verfassung der Verwaltungsgerichte und des Verwaltungsstreitverfahrens vom 3. Juli 1875[157]). Diese Annahme Bühlers geht jedoch fehl.

Das preußische Oberverwaltungsgericht hat in dieser Entscheidung nur beanstandet, daß das Berufungsgericht bei der Genehmigung einer Kantine von der irrigen Ansicht ausging, an die Erklärung der Militärbehörde gebunden zu sein und sich daher von einer selbständigen Nachprüfung der Bedürfnisfrage befreit glaubte[158]). Das Oberverwaltungsgericht hat in diesem Verhalten deshalb eine Rechtsverletzung erblickt, weil das Berufungsgericht

---

154) Ueber diese Grenzen des freien Ermessens und ihre Ueberschreitung durch die Verwaltungsbehörde werden erst im Absch. III dieses Kapitels nähere Ausführungen gemacht werden, da vor Besprechung dieser Frage zunächst in Absch. II noch auf den Begriff des freien Verwaltungsermessens überhaupt eingegangen werden muß.

155) Die subjektiven öffentlichen Rechte S. 288 Anm. 44 u. S. 512.

156) Entsch. Bd. 10 S. 254.

157) GS. S. 375.

158) S. 257 der zitierten Entsch.

sich über die Grenzen seines Ermessens geirrt hatte; die Verletzungen dieser Grenzen sind aber, wie noch später im Abschnitt III dieses Kapitels gezeigt werden wird, als Rechtsverletzungen anzusehen — ihre Nachprüfung gehört daher in das Gebiet der Rechtskontrolle.

Wie W. Jellinek[159]) mit Recht feststellt, hat das preußische Oberverwaltungsgericht dagegen dem richtig verstandenen Begriff des freien Ermessens keine Schranken auferlegt; es hat insbesondere niemals die Bedürfnisfrage des § 33 Gew.O., wie dies von Bühler behauptet wird, als Rechtsfrage erklärt[160]).

2. Bayern und Hamburg.

In derselben Weise wie das preußische Oberverwaltungsgericht die Bedürfnisfrage in der Zeit vor 1883 nachprüfte, gestaltete sich die Nachprüfung dieser Frage durch den bayerischen Verwaltungsgerichtshof bis zum Erlaß des Gaststättengesetzes von 1930. Der bayerische Verwaltungsgerichtshof hatte sich gleich zu Beginn seiner Rechtsprechung[161]) auf den Standpunkt gestellt, daß die Bedürfnisfrage des Wirtschaftskonzessionswesens als eine Frage des freien Ermessens anzusehen sei. Nach Artikel 13 Abs. 1 Ziff. 3 des bayerischen Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 8. August 1878 erstreckt sich nun die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofs nicht „auf Angelegenheiten und Fragen, in welchen die Verwaltungsbehörde nach ihrem Ermessen zu verfügen berechtigt ist." Mit Rücksicht hierauf erklärte sich der bayerische Verwaltungsgerichtshof in konstanter Rechtsprechung zur Ueberprüfung der Bedürfnisfrage für nicht zuständig[162]). Ebenso lagen die Verhältnisse in Hamburg. Das hamburgische Oberverwaltungsgericht hat die Prüfung des Bedürfnisses im Sinne des § 33 Abs. 3 Gew.O. z. B. in der Entscheidung vom 26. Februar 1924[163]) als eine Ermessensfrage erklärt. Das gemäß § 46 des hamburgischen Verwaltungsgerichtsgesetzes auf Rechtskontrolle beschränkte Oberverwaltungsgericht war demnach zur Ueberprüfung dieser Frage nicht zuständig.

3. Braunschweig.

In Braunschweig dagegen fand — ebenso wie in Preußen seit dem Zuständigkeitsgesetz von 1883 — eine verwaltungsgerichtliche Nachprüfung der Bedürfnisfrage statt.

[159]) Archiv für öffentl. Recht 1914 Bd. 32 S. 599.
[160]) So auch Schön, Verw.Archiv 27. Bd. S. 111.
[161]) Samml. Entsch. Bd. 1 S. 140.
[162]) Neben der eben zitierten Entsch. noch Bd. 11 S. 554, Bd. 17 S. 84, Bd. 24 S. 206, Bd. 34 S. 19, Bd. 44 S. 167 u. a.
[163]) Hanseatische Rechtszeitschrift 1925 S. 325.

Der braunschweigische Verwaltungsgerichtshof muß nämlich, da er als zweite Instanz tätig wird, gemäß §§ 20 u. 21 Gew.O. einer reichsrechtlichen Notwendigkeit folgend, die Bedürfnisfrage in vollem Umfange nachprüfen[164]). So ist es auch zu erklären, daß im 5. Kapitel dieser Arbeit besonders viele Entscheidungen des braunschweigischen Verwaltungsgerichtshofes zitiert werden konnten. In Braunschweig spielte also – ebenso wie in Preußen seit Erlaß des Zuständigkeitsgesetzes von 1883 – die Frage nach der Rechtsnatur der Bedürfnisfrage, d. h. danach, ob die Feststellung des Bedürfnisses durch die Verwaltungsbehörde als ein Akt des freien Ermessens oder als ein Akt der rechtlichen Gebundenheit anzusehen ist, schon in der Zeit vor Inkrafttreten des Gaststättengesetzes keine Rolle. —

4. Sachsen und Württemberg.

Auch in Sachsen war die Frage nach der Rechtsnatur der Bedürfnisfrage in Anbetracht des § 75 Abs. 1 Ziff. 4 des sächsischen Verwaltungsgerichtsgesetzes von 1900 schon vor Erlaß des Gaststättengesetzes ohne Bedeutung. Nach § 75 Abs. 1 Ziff. 4 sächs. VGG wird die Anfechtungsklage gegen die Beschlüsse über Gesuche um Erteilung der gesetzlich erforderlichen Genehmigung zu einem Gewerbebetriebe ausgeschlossen. Ohne Einfluß ist in Sachsen, wo

[164]) Für den Rechtszustand vor Erlaß des Gast.Ges. wurde in § 40 Abs. 2 Gew.O. bestimmt, daß gegen die Versagung der Genehmigung zum Betrieb einer Gast- oder Schankwirtschaft der Rekurs zulässig sei. Wegen des Verfahrens und der Behörden wurde in § 40 Abs. 2 Gew.O. auf §§ 20 und 21 Gew.O. verwiesen. Nach § 18 Gast.Ges. bestimmt die oberste Landesbehörde die zuständigen Behörden und regelt das Verfahren; früher war der Erlaß dieser Bestimmungen nach § 21 Gew.O. der Landesgesetzgebung vorbehalten. Auch in § 18 Ziff. 2 Gast.Ges. wird bestimmt, daß das Verfahren den Vorschriften der §§ 20, 21, 21a der Gew.O. genügen müsse. Gegen den Bescheid der Erlaubnisbehörde, in dem die Genehmigung zum Betrieb einer Gast- oder Schankwirtschaft versagt wird, ist also der Rekurs an die nächstvorgesetzte Behörde zulässig. (§ 20 Gew.O.) Der Ausdruck „Rekurs" hat in der Gewerbeordnung eine technische Bedeutung. Von der einfachen Beschwerde unterscheidet er sich durch die Befristung seiner Zulässigkeit, durch die Gebundenheit an das Verfahren der §§ 20 und 21 Gew.O. und durch seine aufschiebende Wirkung. Ohne hier aber auf Einzelheiten näher einzugehen, soll nur festgestellt werden, daß durch den Rekurs eine Nachprüfung der Sache im zweiten Rechtszuge sowohl in tatsächlicher wie auch in rechtlicher Hinsicht herbeigeführt wird. Die einzelnen näheren Vorschriften sind in Nr. 1—5 des § 21 Gew.O. enthalten. Da der braunschweigische Verwaltungsgerichtshof nach den einschlägigen braunschweigischen gesetzlichen Bestimmungen als zweite Instanz (Rekursinstanz) tätig wird, muß er also, wie oben erwähnt, gemäß § 21 Gew.O. die Entscheidung der ersten Instanz in vollem Umfange auch daraufhin nachprüfen, ob in ihr die Bedürfnisfrage richtig entschieden worden ist.

insoweit kein Verwaltungsstreitverfahren stattfindet, deshalb auch die Aufnahme der Bestimmung des § 18 Nr. 2 zweiter Halbsatz in das Gaststättengesetz.

Schließlich hatte auch der württembergische Verwaltungsgerichtshof im Gegensatz z. B. zu den preußischen und bayerischen obersten Verwaltungsgerichten niemals Gelegenheit, sich mit einer Entscheidung über ein Wirtschaftskonzessionsgesuch zu befassen. Während man in Preußen[165]) und Bayern[166]) auf dem Standpunkt stand, daß durch die Vorschriften der §§ 20, 21 Gew.O. reichsrechtlich für das Verfahren und den Instanzenzug lediglich ein Mindestmaß vorgeschrieben werde, wurde von dem württembergischen Verwaltungsgerichtshof bis zum Jahre 1906 die Ansicht vertreten, daß eine Rechtsbeschwerde in denjenigen Angelegenheiten, in denen die §§ 20 und 21 Gew.O. Anwendung finden, nicht möglich sei. Dieser Standpunkt wird z. B. sehr ausführlich in der Entscheidung des württembergischen Verwaltungsgerichtshofes vom 6. Januar 1903[167]) begründet. Erst mit der Bezirksordnung vom Jahre 1906 wurde diese Ansicht aufgegeben und der Verwaltungsrechtsweg auch in Gewerbesachen zugelassen. In Artikel 80 dieser Bezirksordnung sind nun aber alle Fälle, in denen die Rechtsbeschwerde bei dem Verwaltungsgerichtshof erhoben werden kann, ausdrücklich und erschöpfend aufgezählt. Die Wirtschaftssachen, die hier interessieren, sind in dieser Aufzählung jedoch nicht enthalten. Sie sind allerdings auch nicht — wie dies z. B. im sächsischen Recht der Fall ist — ausdrücklich von der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes ausgeschlossen. Aus der Tatsache aber, daß der Gesetzgeber in Art. 80 der erwähnten Bezirksordnung alle Fälle, in denen er die Rechtsbeschwerde zulassen will, einzeln aufzählt, ist die Folgerung zu ziehen, daß in allen Fällen, die in Artikel 80 nicht besonders erwähnt sind, eine Rechtsbeschwerde ausgeschlossen sein soll[168]).

B. Der Begriff des freien Verwaltungsermessens.

Abgesehen von den zuletzt geschilderten besonderen gesetzlichen Regelungen in Württemberg, Sachsen und Braunschweig hatte nun, worauf ja besonders schon in der Einleitung dieser Arbeit (Kapitel 1) hingewiesen wor-

[165]) Entsch. d. preuß. OVG vom 30. 5. 1876, Entsch. Bd. 1 S. 280 und vom 1. 7. 1926 Gew. Arch. 24 S. 361.

[166]) Entsch. d. bayer. VGH vom 9. 12. 1879 Saml. Bd. 1 S. 12 ff.

[167]) Jahrb. Bd. XI S. 99.

[168]) Entsch. d. württemb. VGH Bd. 22 S. 378; so auch Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte S. 350.

den ist, die Beantwortung der Frage, ob es sich bei der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung einer Entscheidung der Verwaltungsbehörde, in welcher die richtige Beurteilung des Bedürfnisses in Frage steht, um die Nachprüfung einer Rechtsfrage oder einer Ermessensfrage handelt, in der Zeit vor Inkrafttreten des Gaststättengesetzes von 1930 eine große Bedeutung. Die von den preußischen, bayerischen und hamburgischen obersten Verwaltungsgerichten vertretene Ansicht, daß die Bedürfnisfrage des Wirtschaftskonzessionswesens als eine Frage des freien Verwaltungsermessens anzusehen sei, ist nun aber auch schon für den Rechtszustand vor Erlaß des Gaststättengesetzes nicht unbestritten geblieben. Mit Rücksicht darauf, daß gerade die Ansicht über die Rechtsnatur der Bedürfnisfrage von ausschlaggebender Bedeutung dafür war, ob in manchen Ländern eine verwaltungsgerichtliche Nachprüfung dieser Frage überhaupt stattfinden konnte, macht sich an dieser Stelle der Arbeit eine nähere Untersuchung über die Rechtsnatur der Bedürfnisfrage notwendig. Mit dieser Nachprüfung wird in die Behandlung einer Frage eingetreten, deren Lösung zu einem der umstrittensten Probleme des deutschen Verwaltungsrechts gehört. Es handelt sich also um das Problem der Abgrenzung der „Ermessensfragen" von den „Rechtsfragen". Diese Frage wird von manchen Schriftstellern nicht mit Unrecht als das Thema angesehen, in welchem eigentlich das ganze Problem der Verwaltungsgerichtsbarkeit vorliegt[169]).

Bei Beginn dieser Untersuchung muß zunächst auf den Begriff des freien Ermessens eingegangen werden. Eine nähere Betrachtung des einschlägigen Schrifttums zeigt hier, daß fast jeder Schriftsteller, der sich mit dieser Frage beschäftigt, für den Ermessensbegriff eine andere Definition gefunden hat.

Nun ist aber, wie Dyroff[170]) richtig ausführt, die Aufstellung von Formeln, die den Ermessensbegriff ganz allgemein für alle Fälle feststellen wollen, überhaupt von problematischem Wert. Dies zeigt z. B. eine Vergleichung der Ausführungen, die W. Jellinek[171]) und O. Bühler [172]) über den Begriff des Ermessens anstellen.

W. Jellinek kommt[173]) zu folgender Formulierung des Ermessensbegriffes: „Freies Ermessen ist (in letzter Linie)

[169]) Lemayer Grünhuts Zeitschrift Bd. 22 S. 463.
[170]) Bayerisches Verwaltungsgerichtsgesetz 1925 S. 504.
[171]) Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung 1913.
[172]) Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung 1914.
[173]) S. 89 des eben zitierten Werkes.

die vom Recht mit Maßgeblichkeit ausgestattete, fehlerfrei zustandegekommene, individuelle Anschauung über den inneren Wert oder Unwert einer Verwirklichung."

Bühler[174]) bezeichnet diese Definition „als mit der seinigen im wesentlichen übereinstimmend." Trotzdem kommt er aber, was im Rahmen dieser Arbeit besonders interessiert, z. B. hinsichtlich der Beurteilung der Bedürfnisfrage beim Wirtschaftskonzessionswesen zu einem ganz anderen Ergebnis als W. Jellinek.

Nach Bühler[175]) handelt es sich bei der Bedürfnisfrage um eine Rechtsfrage. W. Jellinek dagegen vertritt auf Seite 132 seines erwähnten Werkes die Ansicht, daß die Beurteilung der Bedürfnisfrage des Wirtschaftskonzessionswesens als ein Akt des freien Ermessens angesehen werden muß[176]).

Jellinek und Bühler gewinnen ihren Ermessensbegriff hauptsächlich auf Grund von abstrakt logischer Konstruktion.

Hier soll dieser Weg nicht gewählt werden. Zur Auffindung des Ermessensbegriffs soll vielmehr untersucht werden, was in den Gesetzen, die sich des Ausdrucks „freies Ermessen" bedienen, unter diesem Begriff verstanden wird[177]).

1. Die Feststellung des Ermessensbegriffs nach Wortlaut und Entstehung der einschlägigen Bestimmungen in den Verwaltungsgerichtsgesetzen von Bayern und Württemberg und nach den einschlägigen Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichts.

In Artikel 13 Abs. 1 Ziff. 3 des bayerischen Verwaltungsgerichtsgesetzes vom 8. August 1878 wird bestimmt, daß sich die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes nicht „auf Angelegenheiten und Fragen, in welchen die Verwaltungsbehörden nach ihrem Ermessen zu verfügen berechtigt sind" erstreckt. In den Artikeln 15 und 31 Abs. 3 dieses Gesetzes ist dann noch die Rede von „dem freien administrativen Ermessen". —

Was hier nun unter „Ermessen" bezw. unter „freiem administrativen Ermessen" zu verstehen ist, kann man

---

[174]) Die subj. öff. Rechte S. 40.

[175]) a. a. O. S. 173.

[176]) Dieselbe Ansicht vertritt Jellinek für den Rechtszustand vor Erlaß des Gast. Ges. in seinem Werk — Verwaltungsrecht, 1931, S. 33.

[177]) Dieser Weg wird auch von Merkel, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927, S. 156 und von Schoen, Verw. Arch. 27. Bd. S. 102 vorgeschlagen.

aus den Motiven des Gesetzentwurfes erkennen[178]). Dort wird gesagt, daß in den Fällen, in welchen die Behörden nach ihrem Ermessen vorzugehen berechtigt sind, oder wie dies dort auch ausgedrückt wird „in den Fällen, in denen der Schwerpunkt für die Gestaltung der Verhältnisse gesetzlich in den Willen der betreffenden Verwaltungsbehörden gelegt ist", „von einem Recht der Beteiligten nicht die Rede sein kann".

Hieraus ist zu erkennen, in welchem Sinne das bayerische Verwaltungsgerichtsgesetz den Ausdruck „Ermessen" bezw. „freies administratives Ermessen" verwendet wissen will. Freies Ermessen liegt hiernach dann vor, wenn die Behörden dem einzelnen gegenüber nicht zu einem bestimmten Handeln verpflichtet sind, wenn also, wie es bei Seydel-Piloty[179]) heißt, „dem durch Zweckmäßigkeitsrücksichten bestimmten Handeln der Verwaltung kein Recht einer Person oder einer Körperschaft gegenübersteht"[180]).

Auch das württembergische Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 16. 12. 1876 bedient sich des Ausdrucks „Ermessen", um für die Fälle, in denen die Verwaltungsbehörden nach diesem zu entscheiden haben, die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes auszuschließen.

In Artikel 13 Abs. 1 dieses Gesetzes wird die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtshofes für die Fälle bestimmt, in denen „jemand behauptet, daß die ergangene auf Gründen des öffentlichen Rechts gestützte Entscheidung oder Verfügung rechtlich nicht begründet, und daß er hierdurch in einem ihm zustehenden Recht verletzt oder mit einer ihm nicht obliegenden Verbindlichkeit belastet sei". In Abs. 2 des Art. 13 wird hierzu noch die negative Klausel hinzugefügt, daß die Beschwerde des Art. 13 Abs. 1 dann ausgeschlossen ist „wenn und soweit die Verwaltungsbehörden durch das Gesetz nach ihrem Ermessen zu verfügen berechtigt sind".

Aus welchen Erwägungen der württembergische Gesetzgeber die Bestimmungen des Art. 13 Abs. 1 und Abs. 2 in das Verwaltungsgerichtsgesetz aufgenommen hat, und was er insbesondere unter dem Ausdruck „Ermessen" ver-

---

[178]) Verhdlg. der Kammer der Abgeordneten des bayerischen Landtages 1877/78, Beilagen Band III S. 22 zu Art. 10 des Entwurfs.

[179]) Bayerisches Staatsrecht von Max Seydel neu bearbeitet von R. Piloty, Tübingen, 1913.

[180]) So u. a. auch Dyroff, Bayerisches Verwaltungsgerichtsgesetz S. 507.

standen wissen will, ergibt sich wieder aus den Motiven[181]). Dort heißt es: „Es darf wohl als in der Natur der Sache liegend bezeichnet werden, daß die Verfügungen der Verwaltungsbehörden der richterlichen Kognition nur unterstellt werden können hinsichtlich ihrer Rechtmäßigkeit, nicht auch hinsichtlich ihrer Zweckmäßigkeit. Es folgt hieraus die Ausschließung derjenigen Fälle aus der Kompetenz des Verwaltungsgerichtshofes, in welchen die Verwaltungsbehörden ihre Verfügungen nach ihrem Ermessen zu treffen befugt sind. Auf diesem Gebiet der eigentlich reinen Verwaltung, wo innerhalb des Ermessens der Verwaltungsbehörden die Verfügungen nach Rücksichten der Zweckmäßigkeit getroffen werden, gibt es kein Recht des einzelnen darauf, daß die Verfügung im einzelnen Falle so und nicht anders getroffen wird, und eben darum können solche Verfügungen, soweit es sich nur um die Frage der Zweckmäßigkeit handelt, nicht der Kognition einer richterlichen Behörde unterstellt werden."

Diese Stelle aus den Motiven zeigt deutlich, daß auch der württembergische Gesetzgeber eine Ermessensfrage dann für vorliegend erachtet, wenn die Verwaltungsbehörde dem einzelnen gegenüber nicht zu einem bestimmten Handeln verpflichtet ist. „Freies Ermessen" im Sinne der eben besprochenen Verwaltungsgerichtsgesetze liegt auch dann vor, wenn das Handeln der Behörde zwar durch interne Bestimmungen gebunden ist, der einzelne sich jedoch auf diese Bestimmungen nicht berufen kann, wenn es sich also nicht um eine den Schutz des einzelnen bezweckende Gesetzesnorm handelt. Es kommt demnach immer darauf an, ob die Behörde auch nach außen — also nicht nur nach der staatlichen Seite, sondern auch dem Staatsbürger gegenüber — gebunden ist[182]).

In Preußen ist die Zuständigkeit des Oberverwaltungsgerichts in den Fällen, in denen die Verwaltungsbehörden nach ihrem freien Ermessen entscheiden können, nicht durch eine ausdrückliche Bestimmung, wie sie im bayerischen und württembergischen Recht zu finden ist, ausgeschlossen worden.

Aus den Entscheidungen u. a. vom 9. 3. 1909[183]) und vom 29. 1. 1930[184]) und vom 15. 4. 1912[185]) ist aber zu er-

[181]) Motive zu dem Entwurf eines Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege zu Art. 14, Verhandlg. d. württemb. Kammer der Abgeordneten 1875/76 Beil. Bd. 1 S. 863.

[182]) So auch Schoen, Verw. Arch. Bd. 27 S. 106.

[183]) Bd. 54 S. 438.

[184]) Bd. 55 S. 434.

[185]) Bd. 61 S. 201.

kennen, daß das preußische Oberverwaltungsgericht unter dem Ausdruck „freies Ermessen" dasselbe wie die Gesetzgeber der bayerischen und württembergischen Verwaltungsgerichtsgesetze versteht. Es wird auch hier darauf abgestellt, ob die Verwaltungsbehörde bei ihren Entscheidungen dem einzelnen gegenüber durch eine gesetzliche Vorschrift, auf die sich dieser berufen kann, gebunden ist oder nicht. Diese Auffassung des Ermessensbegriffes wird auch im Schrifttum bestätigt[186]).

2. Freies Ermessen und gebundenes Ermessen.

Wie oben bereits einmal erwähnt wurde, wird zwischen den Ausdrücken „Ermessen" und „freies Ermessen" kein Unterschied gemacht; beide Ausdrücke haben dieselbe Bedeutung.

Da man, wenn man von Ermessen spricht, damit die Freiheit von rechtlicher Bindung ausdrücken will, enthält die Bezeichnung „freies Ermessen" eigentlich einen Pleonasmus. Die Wendung „freies Ermessen" findet aber eine gewisse Rechtfertigung in dem Umstand, daß im Gegensatz zum „freien Ermessen" nicht nur die „gesetzliche Gebundenheit" gesetzt wird, sondern daß man weiterhin auch noch die Bezeichnung „gebundenes Ermessen" kennt.

Nach Laun[187]) liegt „gebundenes Ermessen" dann vor, wenn das Gesetz der Behörde zwar mehrere Arten des Verhaltens freiläßt, dieses Verhalten aber doch dadurch entscheidend beeinflußt ist, daß der Behörde für ihre Wahl eine bestimmte Zweckrichtung gesetzt wird. In solchen Fällen habe die Verwaltungsbehörde bei ihren Entschließungen nur diejenige Lösung zu suchen, die nach ihrer Ueberzeugung dem Willen des Gesetzgebers am besten entspricht; sie habe dagegen dabei keine Rücksicht darauf zu nehmen, welche Zweckwahl nach ihrer eigenen Ansicht die richtige ist [188]).

Erst wenn das Gesetz der Behörde die Wahl zwischen zwei oder mehreren oder allen denkbaren Zwecken freistelle, die Behörde also dann nach ihrem besten Wissen und Gewissen den Zweck ihres Handelns selbst zu bestimmen habe, könnte man von „freiem Ermessen" sprechen.

---

[186]) So z. B. Schoen, Verw.Arch. Bd. 27 S. 108, Seydel-Piloty, Bayerisches Staatsrecht S. 420, 421; Anton Dyroff, Bayerisches Verwaltungsgerichtsgesetz S. 507 u. a.

[187]) Uebersicht über wichtige Einrichtungen des Auslands auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts 1913 S. 55 ff.

[188]) So auch Nawiasky, Bayerisches Verfassungsrecht 1923 S. 395.

Auf den von Laun vorgeschlagenen Begriff „gebundenes Ermessen" ist deshalb hier etwas näher eingegangen worden, weil Laun in Anwendung der eben geschilderten Unterscheidung zwischen „gebundenem Ermessen" und „freiem Ermessen" beispielsweise bei der Bedürfnisfrage im Sinne des § 33 Gew.O. kein freies Ermessen anerkennt; denn in diesem Falle sei die Behörde vom Gesetz an die Verfolgung eines bestimmten Zweckes gebunden.

Gegen die Verwendung des Begriffes „gebundenes Ermessen" wendet sich Merkel[189]. Er stellt fest, daß, soweit rechtliche Bindung besteht — und eine andere Bindung könnte in der Rechtswissenschaft nicht in Betracht kommen —, kein Raum mehr für ein Ermessen ist. Die Worte „gebundenes Ermessen" enthielten daher eine contradictio in adjecto. Aus diesem Grunde bezeichnet er den Ausdruck „gebundenes Ermessen" als „überflüssiges und mißglücktes Begriffsspiel". —

Auch bei den Untersuchungen dieser Arbeit kann der Begriff „gebundenes Ermessen" in dem Sinne, wie er von Laun vorgeschlagen wird, entbehrt werden.

Das Ziel der jetzigen Erörterungen geht ja dahin, festzustellen, ob die Beurteilung der Bedürfnisfrage im Sinne von §33 Gew.O. (bezw. § 1 Gast.Ges. als „Rechtsfrage" oder als „Ermessensfrage" angesehen werden muß. Wie im Verlauf dieser Arbeit schon mehrmals erwähnt wurde, hing es ja in der Zeit vor Erlaß des Gaststättengesetzes von der Beantwortung dieser Frage ab, ob in manchen Ländern eine Nachprüfung der Bedürfnisfrage durch das oberste Verwaltungsgericht stattfinden konnte (z. B. gemäß Artikel 13 Abs. 1 Ziff. 3 d. bayer. Verwaltungsgerichtsges.). —

Gerade für diese wichtige Frage nach der richterlichen Ueberprüfbarkeit eines Verwaltungsaktes ist aber der von Laun und Nawiasky vorgeschlagene Begriff „gebundenes Ermessen" praktisch bedeutungslos. Das wird von Nawiasky[190] selbst festgestellt. Hinsichtlich der Beurteilung dieser Frage werden nämlich die Fälle, in denen man „rechtliche Gebundenheit" annehmen muß und diejenigen, bei denen Laun und Nawiasky von „gebundenem Ermessen" sprechen, völlig gleich behandelt. Denn wenn es sich um einen Fall handelt, in dem nach Laun „gebundenes Ermessen" angenommen werden muß, ist eine rechtliche Gebundenheit in dem Maße vorhanden, daß von einem „Ermessen" — wie dieses der Gesetzgeber z. B. in Artikel

189) Allgemeines Verwaltungsrecht 1927 S. 154.
190) Bayerisches Verfassungsrecht S. 394.

13 Abs. 1 Ziff. 3 d. bayer. Verwaltungsgerichtsgesetzes verstanden wissen will — nicht mehr die Rede sein kann.

Soll entschieden werden, ob der bayer. Verwaltungsgerichtshof zur Nachprüfung der Bedürfnisfrage des Wirtschaftskonzessionswesens zuständig ist (in der Zeit vor Erlaß des Gast.Ges.), so muß lediglich folgende Frage beantwortet werden: Liegt in diesem Fall ein Ermessen der Verwaltungsbehörde im Sinne des Artikel 13 Abs. 1 Ziff. 3 des bayer. Verwaltungsgerichtsgesetzes vor?

Es ist also nur festzustellen, ob die Annahme dieses Ermessens zu bejahen oder zu verneinen ist.

3. Richterliches Ermessen.

Weiterhin unterscheidet man im Gegensatz zu dem freien Verwaltungsermessen auch noch das „richterliche Ermessen". Dieses kommt — ebenso wie das „gebundene Ermessen" — nur dann in Frage, wenn es sich um die Geltendmachung eines Rechtsanspruches des einzelnen handelt, wenn also von einem Akt des freien Ermessens der Verwaltungsbehörde in dem Sinne, wie der Begriff oben festgestellt worden ist, nicht die Rede sein kann. Auch in diesen Fällen des „richterlichen Ermessens" handelt es sich um die Auslegung von unbestimmten Gesetzesbegriffen. Der Gesetzgeber hat aber hier die gesetzliche Formulierung so gewählt, daß damit, wie es in der Entscheidung des bayer. Verwaltungsgerichtshofes vom 22. Juni 1923[191]) ausgedrückt wird, „offenbar eine Rechtsgrenze zwischen der Behörde und dem einzelnen gezogen worden ist."

In der zitierten Entscheidung handelt es sich um die Feststellung von „Bedenken volkswirtschaftlicher Art" gegen die Erteilung von Wandergewerbescheinen für Handel mit Lebensmitteln im Sinne des § 3 Abs. 2 der VO vom 24. Juni 1916, 24. Nov. 1921 i. d. F. der V.O. vom 10. Februar 1923. Der VGH stellt fest, daß die Entscheidung dieser Frage eine Rechtsfrage und damit eine Frage des richterlichen Ermessens sei.

„Es handelt sich also in solchen Fällen um das richterliche Ermessen, welches dem Verwaltungsrichter ebenso zusteht wie dem Zivilrichter bei der Beurteilung der zahlreichen unbestimmten Gesetzesbegriffe des Bürgerlichen Gesetzbuches"[192]).

---

[191]) Reger Bd. 43 S. 503.
[192]) So die eben zitierte Entscheidung des bayer. VGH v. 22. 6. 1923.

4. Zwischen den Akten der rechtlichen Bindung und den Akten des freien Ermessens besteht nur ein relativer Unterschied.

An dieser Stelle muß aber noch auf eine weitere Schwierigkeit hingewiesen werden, die bei Auslegung der Gesetzesbestimmungen, in denen die Akte des freien Ermessens von der verwaltungsgerichtlichen Ueberprüfung ausgeschlossen werden, entsteht.

Der Gesetzgeber geht scheinbar davon aus, daß sich in diesen Fällen feste Grenzen zwischen den Akten des Ermessens einerseits und denjenigen der Rechtsanwendung andererseits feststellen lassen. —

Nun besteht aber zwischen den Akten des „freien Ermessens" und denjenigen der „gesetzlichen Gebundenheit" kein absoluter, sondern nur ein relativer Unterschied. Wie Scheuner[193]) richtig ausführt, handelt es sich bei jeder Vollziehung einer allgemeinen Gesetzesnorm nicht etwa um ein bloßes intellektuelles Aufsuchen der vom Gesetzgeber bereits fest bestimmten Lösung. Das Vollzugsorgan ist vielmehr bei seiner Tätigkeit stets — in dem einen Fall mehr, in dem anderen Fall weniger - schöpferisch tätig. Scheuner weist darauf hin, daß von dem allgemeinen Rechtssatz bis zur Entscheidung des Einzelfalles eine fortschreitende Konkretisierung stattfindet.

Da dabei in jeder Stufe etwas Neues hinzugefügt wird, ist der ganze Rechtsbildungsvorgang schöpferisch. (Merkel, Stufentheorie). — Hieraus ergibt sich, daß zwischen „freiem Ermessen" und „rechtlicher Gebundenheit" kein absoluter Unterschied zu machen ist. Es ist nämlich, wie auch Kelsen[194]) treffend feststellt, in jeder Ausführungshandlung im Vergleich zu dem auszuführenden Rechtssatz stets ein Stück Ermessensfreiheit enthalten: „Da jeder Akt eines Staatsorganes, sofern er ein Staatsakt ist, d. h. dem Staate zugerechnet werden soll, irgendwie, wenn auch durch einen noch so inhaltarmen Blankettrechtssatz determiniert sein muß, weil sonst ja eine Zurechnung zum Staate gar nicht möglich ist, da weiter jeder Staatsakt der Exekutive in einem gewissen, wenn auch noch so geringem Maße im freien Ermessen stehen muß, da zwischen der abstrakten Rechtsnorm und der konkreten Organhandlung notwendig eine gewisse Differenz besteht, so können sämtliche Staatsakte sich in Bezug auf das freie Ermessen niemals prinzipiell sondern nur graduell, nicht quali-

193) Scheuner, Verw. Archiv Bd. 33 S. 82.
194) Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre 1914 S. 505.

tativ, sondern nur quantitativ voneinander unterscheiden"[195]).

Daher ist es logisch nicht ganz richtig, wenn man zwischen Akten der rechtlichen Bindung und Akten des Ermessens eine strenge Grenze ziehen will.

Die Unterscheidung selbst muß aber trotzdem aus Zweckmäßigkeitsgründen aufrecht erhalten werden. Bühler stellt in diesem Zusammenhang richtig fest, daß man, obgleich es nicht möglich sei, zwischen der groben und leichten Fahrlässigkeit oder zwischen den Handlungen gegen die guten Sitten und dem bloßen unedlen, unfairen Verhalten eine für alle Fälle passende allgemeine Grenzlinie aufzustellen, trotzdem auf die entsprechenden Unterscheidungen nicht verzichten könnte. Ebenso könnte eine bestimmte Abgrenzung zwischen den flüssigen Grenzen der Akte der rechtlichen Gebundenheit und denjenigen des freien Ermessens nicht entbehrt werden[196]).

Es gibt eben Fälle, bei denen die gesetzliche Bindung derartig hervortritt, daß für ein Ermessen der Behörde fast kein Raum mehr bleibt, und andererseits gibt es Gruppen von Akten, bei denen der Bewegungsspielraum der Behörde so groß ist, daß das Ermessen die rechtliche Bindung bei weitem übersteigt. Je nachdem, ob nun die rechtliche Bindung oder das Ermessen im Einzelfalle überwiegt, kann man — allerdings mit dem Bewußtsein, daß dies vom Standpunkt abstrakt logischer Konstruktion aus nicht ganz einwandfrei ist — zwischen Akten der rechtlichen Gebundenheit und Akten des freien Ermessens unterscheiden.

Bei der Entscheidung des Einzelfalles werden sich Schwierigkeiten nicht vermeiden lassen. —

Es wird dabei immer auf die Auslegung der betreffenden konkreten gesetzlichen Formulierung ankommen. —

C. Die Prüfung der Bedürfnisfrage in der Zeit vor Erlaß des Gaststättengesetzes war als ein Akt des freien Verwaltungsermessens anzusehen.

Was nun die Bedürfnisfrage im Sinne des § 33 Abs. 3 der Gew.O. bezw. des Art. 1 des Notgesetzes von 1923 anbetrifft, so war bereits darauf hingewiesen worden, daß darüber, ob diese Frage als „Rechtsfrage" oder als „Ermessensfrage" angesehen werden mußte, die Ansichten nicht ungeteilt waren. Die obersten Verwaltungsgerichte

---

[195]) So Kelsen a. a. O.
[196]) Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte S. 287.

von Preußen, Bayern und Hamburg hatten sich, wie oben bereits besprochen worden ist, auf den Standpunkt gestellt, daß die Verwaltungsbehörden bei der Würdigung der Bedürfnisfrage des § 33 Abs. 3 der Reichsgewerbeordnung nach ihrem Ermessen zu verfügen berechtigt sind.

1. Die Ansicht von Launs.

Im Gegensatz hierzu wurde von v. Laun[197] die Ansicht vertreten, daß die Würdigung der Bedürfnisfrage als eine „Rechtsfrage" anzusehen sei. —

Er führt hierzu an, daß die Behörde bei der Entscheidung über die Bedürfnisfrage an die Verfolgung eines bestimmten Zwecks — nämlich die Verhinderung des übermäßigen Anwachsens der Wirtschaften — gebunden sei; aus diesem Grunde könne ein „freies Ermessen" der Behörde nicht in Frage kommen.

Nach Laun handelt es sich nämlich, wie in diesem Abschnitt II oben unter B 2 näher erörtert worden ist, nur dann um einen Fall des freien Verwaltungsermessens, wenn der Behörde die Wahl zwischen zwei oder mehreren oder allen denkbaren Zwecken freigestellt ist. In denjenigen Fällen dagegen, in denen der Gesetzgeber der Behörde zwar mehrere Arten des Verhaltens freiläßt, dieses Verhalten aber doch dadurch entscheidend beeinflußt, daß er der Behörde für ihre Wahl eine bestimmte Zweckrichtung vorschreibt, könnte, so meint Laun, von einem freien Ermessen keine Rede sein; um einen solchen Fall handele es sich aber bei der Würdigung der Bedürfnisfrage des Wirtschaftskonzessionswesens. Dieser Ansicht von Launs kann jedoch nicht beigetreten werden. Seine Stellungnahme zu der Abgrenzung der Rechtsfragen von den Ermessensfragen erscheint nicht richtig.

Man kann es hier nicht in der Weise, wie es Laun tut, nur auf die Zweckwahl abstellen. Im übrigen ist die Zweckrichtung im Falle des § 33 Abs. 3 Gew.O. doch nur in verhältnismäßig unbestimmter Weise angegeben. Schoen[198] weist in diesem Zusammenhang darauf hin, daß die Zweckbindung, wie sie im Falle des § 33 Abs. 3 Gew.O. vorliegt, praktisch kaum etwas anderes als das allgemeine Gebundensein der Verwaltungsbehörde, lediglich das Gemeininteresse zu verfolgen, bedeute.

Nach Laun könnte man beispielsweise im Falle des Artikels 48 Abs. 2 der Reichsverfassung nicht von einem „Ermessen" des Reichspräsidenten sprechen, weil dieser

---

[197]) Uebersicht über wichtige Einrichtungen des Auslandes auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts, 1913, S. 55 ff.

[198]) Schoen, Verwaltungsarchiv Bd. 27 S. 110.

dort an die Verfolgung eines „bestimmten Zweckes" (Wiederherstellung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung) gebunden ist. - Die Ansicht von Launs über die Rechtsnatur der Bedürfnisfrage kann daher nicht überzeugen.

2. Die Ansicht Seydels und Bühlers.

Weiterhin steht auch Seydel[199] auf dem Standpunkt, daß die Feststellung des Bedürfnisses im Sinne des § 33 Abs. 3 Gew.O. den Akten der rechtlichen Gebundenheit zuzurechnen ist. Er macht geltend, daß alles, was vom Recht als Voraussetzung für den Bestand oder Nichtbestand eines Anspruches gesetzt ist, notwendig Gegenstand der richterlichen Beurteilung sei. Im Falle des § 33 Gew.O. habe der Antragsteller einen Rechtsanspruch auf Erteilung der Erlaubnis. Die Prüfung darüber, ob einer der in § 33 Gew.O. genannten Abweisungsgründe vorhanden ist, gehöre in das Gebiet der verwaltungsrichterlichen Kontrolle. Es handle sich hierbei immer um eine Rechtsfrage und nicht um eine Ermessensfrage.

Er führt noch aus, daß das Ermessen notwendig im Folgesatz liege. Jedes Gesetz läßt sich ja in einen Voraussetzungssatz und einen Folgesatz zerlegen. Lautet nun ein Gesetz: „Wenn ein Bedürfnis vorhanden ist, dann hat die Behörde zu genehmigen", so ist nach Seydel für ein Ermessen der Verwaltungsbehörde kein Raum.

Der Gesetzgeber wollte, so meint Seydel, der Verwaltungsbehörde nur dann freies Ermessen einräumen, wenn er den Folgesatz beispielsweise formuliert: „so kann die Behörde genehmigen", oder „so hat sie das Zweckdienliche zu veranlassen". —

Zur Begründung seiner Ansicht über die Rechtsnatur der Bedürfnisfrage weist Seydel noch darauf hin, daß in § 33 Gew.O. als Versagungsgründe die persönlichen Mängel des Antragstellers, der Mangel der Betriebsstätte und der Mangel eines Bedürfnisses nebeneinander gestellt seien. Es sei daher Willkür, wenn man nur bei Vorliegen des ersten Versagungsgrundes einen Rechtsanspruch annehme, bei den beiden anderen Versagungsgründen dagegen das Vorhandensein eines Rechtsanspruchs des Gesuchstellers ableugne.

Im Anschluß an Seydel hat auch Bühler[200] die Bedürfnisfrage des § 33 Gew.O. als eine Rechtsfrage erklärt. Bei der Begründung seiner Ansicht schließt er sich im

---

[199]) Bayerisches Staatsrecht, 1913 Bd. 3 S. 412.
[200]) Die subjektiven öffentlichen Rechte S. 10 u. S. 173.

wesentlichen der von Seydel gegebenen Argumentation an[201]).

3. Die herrschende Ansicht.

Den Ausführungen Seydels kann jedoch nicht beigetreten werden.

Wie Dyroff [202]) richtig feststellt, kommt bei der Beurteilung der Bedürfnisfrage des § 33 Abs. 3 Gew.O. ein Rechtsanspruch des Gesuchstellers nicht in Betracht. Die Behörde hat vielmehr bei der Würdigung der Bedürfnisfrage — auch wenn dabei die Interessen des Antragstellers berührt werden - lediglich nach ihrem freien Ermessen zu entscheiden. Nur scheinbar erstreckt sich dessen Rechtsanspruch auf Grund des subjektiven öffentlichen Rechtes der Gewerbefreiheit auch auf diese Frage. Auch W. Jellinek[203]) tritt der Ansicht Seydels entgegen. Er führt hierzu an, daß der Standpunkt Seydels, das Ermessen könne nur im Folgesatz liegen, nicht richtig sei. Man müßte vielmehr auch bei der gesetzlichen Voraussetzung manchmal den Zusatz machen: „nach Ermessen der Behörde". Dies aber müßte gerade bei der Beurteilung der Bedürfnisfrage des § 33 Gew.O. geschehen. —

In seinem Werke Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung[204]) weist er noch zutreffend darauf hin, daß der Verwaltungsbehörde im Falle des § 33 Abs. 3 Gew.O. ein Stück Alkoholpolitik anvertraut worden ist. Die Behörde solle, so führt Jellinek aus, bei ihren Entschlüssen nicht von den Meinungen und Wünschen des Publikums abhängig sein; sie brauche vielmehr die Genehmigung nur dann zu erteilen, wenn nach ihrer Ansicht — nach ihrer persönlichen Ueberzeugung — ein Bedürfnis vorhanden sei. Aus alledem schließt Jellinek, daß die Beurteilung der Bedürfnisfrage des § 33 Gew.O. als ein Akt des freien Ermessens angesehen werden muß[205]).

Wenn von Seydel zur Begründung seiner Ansicht über die Rechtsnatur der Bedürfnisfrage schließlich noch angeführt worden ist, daß vom Gesetzgeber in § 33 Gew.O. als Versagungsgründe die persönlichen Mängel des Antragstellers, der Mangel der Betriebsstätte und der Mangel eines Bedürfnisses nebeneinander gestellt worden sind und

---

[201]) aaO. S. 387.
[202]) Bayerisches Verwaltungsgerichtsgesetz 1925 S. 510.
[203]) Verwaltungsrecht 1931 S. 36.
[204]) S. 132.
[205]) Wie Jellinek die Rechtsnatur der Bedürfnisfrage nach heutigem Recht beurteilt, Verwaltungsrecht 1931 S. 34, wird im Abschnitt IV dieses Kapitels erörtert werden.

daß es daher Willkür sei, nur bei Vorliegen des ersten Versagungsgrundes einen Rechtsanspruch des Gesuchstellers anzuerkennen, so kann auch diese Beweisführung nicht überzeugen.

Man kann hier den Ausführungen Seydels entgegenhalten, daß es viel eher willkürlich erscheint, wenn man die drei in § 33 der Gew.O. genannten Versagungsgründe unbedingt auf eine rechtliche Linie bringen will.

Es war nun oben[206]) festgestellt worden, daß man dann von Akten des freien Verwaltungsermessens reden kann, wenn das Verhalten der Verwaltungsbehörde nach außen, also dem Staatsbürger gegenüber, nicht gebunden ist.

Es ist daher jetzt zu untersuchen, ob es die Absicht des Gesetzgebers war, mit der Aufzählung der drei Versagungsgründe des § 33 Gew.O. der Verwaltungsbehörde nach außen gleichartige Schranken zu ziehen.

Eine nähere Untersuchung der drei Versagungsgründe zeigt, daß dies nicht der Fall gewesen ist; vielmehr sind zwischen den drei Versagungsgründen in Bezug auf den materiellen Gehalt der Gesetzesvorschriften erhebliche Unterschiede festzustellen.

Wenn der Gesetzgeber in Ziff. 1 des § 33 Abs. 2 Gew.O. ausspricht, daß die Erlaubnis nur dann zu versagen ist, „wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, daß der Antragsteller die für den Gewerbebetrieb erforderliche Zuverlässigkeit nicht besitzt, insbesondere dem Trunke ergeben ist, oder das Gewerbe zur Förderung der Schlemmerei, der Völlerei, des verbotenen Spieles, der Hehlerei usw. mißbrauchen werde", so wird damit dem Verhalten der Verwaltungsbehörde eine nahezu bestimmte Grenze gesetzt.

Bei der Auslegung der Begriffe „Schlemmerei", „Völlerei", „verbotenes Spiel", „Hehlerei" usw. soll die Verwaltungsbehörde nicht vorwiegend nach ihrer individuellen Anschauung handeln; für die Auslegung dieser Begriffe ist vielmehr die von der Gesellschaft gebildete Durchschnittsanschauung maßgebend. Die Verwaltungsbehörde hat nur diese Durchschnittsanschauung zu erforschen und sich dann nach dem so gefundenen Ergebnis der Auslegung des betreffenden Begriffes zu richten. —

Das Verhalten der Erlaubnisbehörde bei der Entscheidung über ein Konzessionsgesuch ist also in den Fällen der Ziff. 1 des § 33 Abs. 2 Gew.O. in derartig bestimmter Weise gesetzlich festgelegt, daß man nicht mehr von dem Vorliegen eines freien Ermessens der Behörde in dem

---

[206]) Abschnitt II B dieses Kapitels.

Sinne, wie der Begriff oben[207] festgestellt worden ist, sprechen kann. Wenn ein Versagungsgrund gemäß § 33 Abs. 2 Ziff. 1 der Gew.O. gegen den Antragsteller geltend gemacht wird, handelt es sich also um dessen Recht auf Erlangung der Erlaubnis. In diesen Fällen ist beispielsweise der bayerische Verwaltungsgerichtshof zur Ueberprüfung der betreffenden Entscheidung der Erlaubnisbehörde zuständig[208]).

Anders liegen aber die Verhältnisse bei der Bedürfnisfrage des § 33 Abs. 3 der Gew.O.. Bei der Würdigung dieser Frage hat die Erlaubnisbehörde ganz andere Erwägungen anzustellen als bei der Auslegung der in Ziff. 1 erwähnten Begriffe „Völlerei", „Hehlerei" usw. Der Bewegungsspielraum der Erlaubnisbehörde ist im Falle der Bedürfnisfrage erheblich weiter als in den Fällen des § 33 Abs. 2 Ziff. 1 Gew.O. Die Behörde ist bei der Feststellung, ob ein Bedürfnis zu bejahen oder zu verneinen ist, nicht an einen von der allgemeinen Verkehrsanschauung in dem Maße festgelegten Begriff gebunden, wie dies bei den Entscheidungen gemäß Ziff. 1 des § 33 Abs. 2 der Gew.O. der Fall ist.

Es gab damals keine allgemeinen, die Erlaubnisbehörde bindenden Vorschriften darüber, nach welchen einzelnen Gesichtspunkten die Behörde bei der Entscheidung eines Wirtschaftskonzessionsgesuchs hinsichtlich der Bedürfnisfrage verfahren mußte. Aus diesem Grunde kommt der bayerische Verwaltungsgerichtshof auch zu dem Ergebnis, daß es sich bei der Feststellung der Bedürfnisfrage um einen Akt des freien Ermessens handelt. So heißt es in der ersten sich mit dieser Frage befassenden Entscheidung vom 10. Febr. 1880[209]): „Indem die gedachte Verordnung (gemeint ist die bayerische Verordnung vom 8. Aug. 1879, womit auf Grund der Ermächtigung des § 33 Gew.O. der Bedürfnisnachweis auch für die Orte von mehr als 15000 Einwohnern eingeführt wurde) es unterläßt, Tatsachen zu bezeichnen, deren Nachweis das Vorhandensein des Bedürfnisses begründet, hat dieselbe die Würdigung des Bedürfnisses der freien Beurteilung der Verwaltungsbehörden und dem allgemeinen Standpunkt des öffentlichen Interesses anheim gestellt, so daß die genannten Behörden über diese Frage nach ihrem Ermessen zu verfügen berechtigt sind."

---

[207]) Absch. II dieses Kapitels unter B 1.
[208]) Samml. 1 S. 291.
[209]) Samml. 1 S. 140.

Mit gleicher Begründung stellt sich auch der braunschweig. Verwaltungsgerichtshof bezügl. der Rechtsnatur der Bedürfnisfrage auf denselben Standpunkt wie der bayerische Verwaltungsgerichtshof. „Da weder im Gesetz noch in den Verhandlungen darüber Voraussetzungen des Bedürfnisnachweises angedeutet oder festgelegt sind, auch außer den S. 570.571 der Gu.V.S. von 1910 enthaltenen Vorschriften sich keine Anordnung der Landesregierung findet, die das freie Ermessen in der Entscheidung über die Bedürfnisfrage einengt," handelt es sich nach der Ansicht des braunschw. Verwaltungsgerichtshofes[210] bei der Beurteilung der Bedürfnisfrage des § 33 Gew.O. um einen Akt des freien Ermessens. Auch in den betreffenden gesetzlichen Bestimmungen der übrigen Länder finden sich keine Vorschriften, die das Verhalten der Erlaubnisbehörde bei der Prüfung des Bedürfnisses im Sinne des § 33 Abs. 3 Gew.O. bezw. des Art. I § 1 Abs. 2 des Notgesetzes von 1923 in bestimmter Weise regeln.

Die Anordnungen des preußischen Ministers des Innern vom 17. 3. 1927[211]), 27. 3. 1928[212]) und vom 19. 12. 1929[213]), die über die Prüfung der Bedürfnisfrage bestimmte Richtlinien gaben, waren nur an die Polizeibehörden gerichtet[214]; diese mußten ja gemäß § 33 Abs. 4 Gew.O. vor Erteilung der Erlaubnis gehört werden. Den Erlaubnisbehörden selbst (also den Kreis-, (Stadt-) Ausschüssen und den Bezirksausschüssen konnte der Minister des Innern hier keine Vorschriften machen[215]).

Wie überall, so war auch in Preußen bei der Feststellung des Bedürfnisses der Schwerpunkt in die subjektive Auffassung der Verwaltungsbehörde gelegt. Diese hatte sich, wie es in der preußischen Kabinettsorder vom 7. Februar 1835[216], unter Ziff. 1 ausgedrückt wird, „von der Nützlichkeit und dem Bedürfnis der Anlage" zu überzeugen; die persönliche Ueberzeugung der Behörde ent-

---

[210]) Entsch. vom 22. 1. 1912, Zeitschr. für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig 59. Jg. S. 26.

[211]) MBliV 347.

[212]) MBliV 353.

[213]) MBliV 1930 Sp. 3.

[214]) Im Runderlaß des Ministers des Innern beispielsweise vom 17. 3. 1927 hieß es daher auch ausdrücklich: „Ich treffe hiermit hinsichtlich der Mitwirkung der Ortspolizeibehörden bei Anträgen auf Konzessionen gem. § 33 der R Gew.O. in der Fass. des Notges. vom 24. 2. 1923 (RGBl. 1 S. 147) in Milderung der bestehenden Grundsätze folgende Anordnungen. . . ."

[215]) Karl Friedrichs, Kom. zum Gast.Ges. von 1930 S. 15; derselbe, Verwaltungsrechtspflege 1920 1. Band S. 60.

[216]) G.S. S. 18.

schied also über das Vorliegen oder Nichtvorliegen des Bedürfnisses. Daraus ergibt sich, wie W. Jellinek[217] richtig feststellt, daß diese Frage auch in Preußen im Zweifel nach freiem Ermessen entschieden werden sollte. So wird auch im Urteil des preuß. Oberverwaltungsgerichts vom 19. 11. 1881[218] ausgeführt, „daß das Gesetz (§ 33 Gew.O. und Nr. 1 der Kabinettsorder vom 7. Februar 1835) die Prüfung des Bedürfnisses als einer rein tatsächlichen in das freie Ermessen der zur Konzessionserteilung zuständigen Behörde stellt". —

Aus alledem ergibt sich, daß in der Zeit vor Erlaß des Gaststättengesetzes die Nachprüfung der Bedürfnisfrage als ein Akt des freien Verwaltungsermessens anzusehen war[219].

III. Die Art und Weise der Nachprüfung der Bedürfnisfrage durch ein auf Rechtskontrolle beschränktes Verwaltungsgericht.

Obwohl nach der herrschenden Ansicht in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft die Bedürfnisfrage des Wirtschaftskonzessionswesens in der Zeit vor Erlaß des Gaststättengesetzes von 1930 als eine Ermessensfrage angesehen wurde und demgemäß die Nachprüfung dieser Frage — wenn man von den oben erörterten Ausnahmen absieht — von der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte ausgeschlossen war, haben sich die auf Rechtskontrolle beschränkten Verwaltungsgerichte, wie die in Kapitel 5 der Arbeit zitierten Entscheidungen beweisen, doch gerade auch oft mit der Bedürfnisfrage beschäftigt. Es soll daher jetzt untersucht werden, wie dies rechtlich zu erklären ist. Diese Untersuchung führt zu einer näheren Betrachtung

[217]) Verwaltungsrecht III. Aufl. 1931 S. 33.

[218]) Entsch. Bd. 8 S. 256.

[219]) So auch die herrschende Ansicht: von Arnstedt, Das preuß. Polizeirecht, II. Bd. 1907; M. von Brauchitsch, Verwaltungsgesetze für Preußen, I. Band 1930, 24. Auflage 407; Dyroff aaO. S. 510; Fleiner, Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechtes 8. Aufl. S. 259; Karl Friedrichs, Gaststättengesetz, Kommentar 1930 S. 15; W. Jellinek Gesetz usw. S. 132 ff., derselbe: Verwaltungsrecht III. Aufl. 1931, S. 33; Landmann-Rohmer, I. Bd. 8. Aufl. 1928, S. 402; O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht 1917, 2. Aufl. Bd. I S. 136 Anm. 7; Meyer-Anschütz, Lehrbuch des Deutschen Staatsrechtes, III. Teil 1919 S. 7; Scheuner aaO., S. 81; Preußisches Oberverwaltungsgericht Bd. 8 S. 256; Bayerischer Verwaltungsgerichtshof, Entsch. Bd. 1 S. 140; Bd. 11, S. 551; Bd. 17, S. 84; Bd. 24, S. 206; Bd. 34, S. 19; Bd. 44; S. 167; und bei Reger Bd. 33, S. 30; Hamburg, Oberverwaltungsgericht, Hanseatische Rechtszeitschrift 1925 Sp. 325; Braunschweigischer Verwaltungsgerichtshof, Ztschr. für Rechtspflege im Herzogtum Braunschweig, 1912 LIX, S. 26.

darüber, in welcher Weise sich die Nachprüfung einer Entscheidung der Verwaltungsbehörde durch ein auf Rechtskontrolle beschränktes Verwaltungsgericht gestaltet.

A. Die Grenzen des freien Ermessens.

Wenn der Gesetzgeber der Verwaltungsbehörde bei der Würdigung des Bedürfnisses einen gewissen Bewegungsspielraum offen läßt und weiterhin diese Entscheidung, soweit sie in diesem vorgezeichneten Rahmen nach dem Ermessen der Verwaltungsbehörde zu treffen war, von der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle ausnimmt, so bedeutet dies nun nicht, daß damit der betreffende Verwaltungsakt in jeder Beziehung von einer gerichtlichen Nachprüfung ausgeschlossen sein soll.

Zunächst darf das auf Rechtskontrolle beschränkte Verwaltungsgericht nachprüfen, ob die Verwaltungsbehörden bei ihren Ermessensentscheidungen von den richtigen tatsächlichen Voraussetzungen ausgegangen sind.

Wird beispielsweise der Entscheid einer Erlaubnisbehörde, durch den das Gesuch auf Erteilung der Erlaubnis zur Eröffnung einer Schankwirtschaft mit der Bemerkung zurückgewiesen worden ist, es könnte in der betreffenden Ortschaft deshalb kein Bedürfnis für die neue Wirtschaft anerkannt werden, weil bereits sechs solcher Wirtschaften vorhanden wären, von dem Gesuchsteller mit der zutreffenden Begründung angefochten, daß in Wirklichkeit nicht sechs, sondern nur drei Schankwirtschaften in der Ortschaft bestehen, so handelt es sich um die Entscheidung einer Frage, deren Nachprüfung dem auf Rechtskontrolle beschränkten Verwaltungsgericht nicht entzogen ist. Denn jeder Staatsbürger hat einen Rechtsanspruch darauf, daß die Erlaubnisbehörden auch bei Ermessensentscheidungen — von den richtigen tatsächlichen Voraussetzungen ausgehen. Nicht die Feststellung der Tatsachen ist dem Ermessen der Erlaubnisbehörde überlassen, sondern nur die Beurteilung der richtig festgestellten Tatsachen [220]). Diesen Grundsatz findet man auch bei der Durchsicht der Verwaltungsgerichtsgesetze bestätigt. So wird in § 9 des braunschweigischen Verwaltungsgerichtsgesetzes ganz allgemein bestimmt, daß eine Entscheidung der Verwaltungsbehörde dann angefochten werden kann, wenn die Behörde ihrer Entscheidung nicht die richtigen tatsächlichen Voraussetzungen zu Grunde gelegt hat.

[220]) Schoen, Verw. Arch. Bd. 27 S. 135; Fleiner, Institutionen 1928 S. 30; Preuß. OVG im Urteil vom 26. 2. 1896, Entsch. Bd. 29 S. 445; Landesverwaltungsgericht Schwerin im Urteil vom 14. Mai 1929, Meckl. Zeitschr. für Rechtspflege 45 Sp. 800.

Das Verwaltungsgericht ist aber weiterhin auch zuständig, nachzuprüfen, ob die Verwaltungsbehörde bei ihrer Ermessensentscheidung von den richtigen rechtlichen Voraussetzungen ausgegangen ist. Die Verwaltungsbehörde darf ihren eigenen Willen nur innerhalb des ihr vom objektiven Recht vorgezeichneten Rahmens sprechen lassen. Sie muß also bei ihrer Ermessensentscheidung stets diejenigen Schranken, die ihr hierbei durch Gesetz oder durch allgemeine Rechtsgrundsätze gezogen sind, einhalten.

Die Nachprüfung, ob die Verwaltungsbehörde diese Grenzen gewahrt hat, gehört aber, wie hier sogleich festgestellt werden soll, zu der Rechtskontrolle; denn die Norm, welche bestimmt, wieweit die Behörde dem einzelnen gegenüber bei ihrem Verhalten gebunden ist, ist eine Rechtsnorm. Die Entscheidung darüber, ob sich die Verwaltungsbehörde innerhalb der ihr vom objektiven Recht gezogenen Grenzen gehalten hat, ist eine Rechtsfrage. Zu ihrer Ueberprüfung ist auch das nur auf Rechtskontrolle beschränkte Verwaltungsgericht befugt [221])

Ebenso handelt es sich um eine Rechtsfrage, wenn von dem Verwaltungsgericht nachgeprüft wird, ob die Verwaltungsbehörde bei ihrer Entscheidung überhaupt freies Ermessen mitsprechen lassen durfte [222]. So ist die Entscheidung darüber, ob die Bedürfnisfrage auch dann zu würdigen ist, wenn ein Schankwirt, der bereits eine Konzession besaß, unter Aufgabe seiner bisherigen Wirtschaft, den Antrag auf Konzessionierung einer Wirtschaft stellt, die er in einem anderen Lokal aber in derselben Gemeinde errichten will, als die Entscheidung einer Rechtsfrage anzusehen [223]).

Wenn jedoch vom Verwaltungsgericht festgestellt ist, daß die Verwaltungsbehörde bei ihrer Entscheidung mit Recht die Bedürfnisfrage nachgeprüft hat, so darf es nun nicht weiter den von der Behörde in dieser Frage gefaßten Beschluß auch noch in der Richtung nachprüfen, ob er vom Standpunkt der guten Verwaltung aus zweckmäßig ist oder nicht; denn diese Nachprüfung wäre ja als Ermessenskontrolle anzusehen. Hierzu ist aber ein auf Rechtskontrolle beschränktes Verwaltungsgericht nicht zu-

[221]) Fleiner, Inst. S. 145; Schoen, Verw. Arch. Bd. 27 S. 113; Merkel, Allgemeines Verwaltungsrecht S. 387.

[222]) Fleiner, Inst. S. 145; Urteil des bayer. VGH vom 1. 7. 1883, Samml. 11 S. 553.

[223]) Bayer. VGH vom 27. 11. 1895. Samml. 17 S. 83; vgl. auch Urteil vom 6. 12. 1893, Samml. 15 S. 35.

ständig. Wohl aber kann ein solches Verwaltungsgericht, wie eben ausgeführt wurde, noch nachprüfen, ob die Verwaltungsbehörde bei ihrer Ermessensentscheidung die ihr vom objektiven Recht hierfür gezogenen Grenzen eingehalten hat.

Bei den Entschließungen, die vom Ermessen der Behörde abhängen, ist nämlich, wie Apelt [224]) treffend ausführt, „das Ermessen nicht völlig frei und ungebunden, nicht ein bloßes Belieben. Es wird vielmehr beschränkt und bestimmt durch die der Behörde obliegende Pflicht, alle ihre Entschließungen nur nach sachlichen und sachgemäßen Gesichtspunkten und so zu treffen, daß den Anforderungen des Gemeinwohls Rechnung getragen, die Verletzung berechtigter privater Interessen aber, soweit es irgend möglich, vermieden wird." [225])

Die Behörden müssen also, auch wenn sie eine Entscheidung nach ihrem freien Ermessen zu treffen haben, wenn ihnen also vom Gesetzgeber für ihre Entscheidungen eine gewisse Freiheit gelassen ist, immer pflichtmäßig handeln Sie dürfen sich wie W. Jellinek [226]) richtig feststellt, auch bei solchen Entscheidungen nicht von Laune und Willkür leiten lassen. „Das Pflichtmäßige im behördlichen Handeln bedeutet aber, daß sie sich auch in ihren Erwägungen frei halten müssen von Rechtsirrtum und von Ungehorsam gegenüber gesetzlichen Anordnungen über die beim Gebrauch des Ermessens anzustellenden Erwägungen." [227])

Eine Entscheidung der Erlaubnisbehörde über ein Wirtschaftskonzessionsgesuch, in der die richtige Würdigung des Bedürfnisses in Frage steht, unterliegt also nur insoweit nicht der Nachprüfung durch ein auf Rechtskontrolle beschränktes Verwaltungsgericht, als sich die Behörde bei ihren Ermessenserwägungen innerhalb der eben gekennzeichneten Grenzen gehalten hat. Nur wenn die Behörde diese Grenzen beachtet hat, kann von einer Rechtsverletzung nicht gesprochen werden.

Dieser Grundsatz ist sehr gut im österreichischen Recht zum Ausdruck gebracht worden. Dort heißt es im Bundesverfassungsgesetz vom 1. Oktober 1920 BGBL Nr. 1 Art. 129 III: „Eine Rechtsverletzung liegt nicht vor, soweit die Behörde nach den Bestimmungen des Gesetzes zur Ent-

---

224) Das sächsische Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 19. Juli 1900, 2. Aufl. 1911 S. 286.

225) So auch Urteil des sächs. OVG vom 19. 9. 1903, Jahrbücher Bd. 5 S. 46.

226) Verwaltungsrecht, 1931, S. 37.

227) So Jellinek aaO.

scheidung oder Verfügung nach freiem Ermessen befugt war und von diesem Ermessen im Sinne des Gesetzes Gebrauch gemacht hat."

Die Feststellung, ob die Ermessensentscheidung im Einzelfalle diesem Erfordernis entspricht, ist nun infolge der oft sehr dehnbaren gesetzlichen Formulierungen in vielen Fällen nicht leicht zu treffen. Wenn es, wie weiter oben gezeigt worden ist, z. B. bei einer Entscheidung, die ein Wirtschaftskonzessionsgesuch zum Gegenstand hat, schon nicht einfach war, festzustellen, ob die Verwaltungsbehörde bei der Würdigung des Bedürfnisses überhaupt nach ihrem freien Ermessen entscheiden durfte, ist jetzt, nachdem ja zunächst diese Frage für den Rechtszustand vor Erlaß des Gaststättengesetzes bejaht worden war, die Beantwortung der weiteren Frage, ob nämlich die Verwaltungsbehörde bei der Prüfung des Bedürfnisses die ihr vom Gesetzgeber für diese Ermessensentscheidung gezogenen Grenzen eingehalten hat, nicht minder schwierig.

Dies zeigt beispielsweise deutlich ein Vergleich zweier Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichts und des bayerischen Verwaltungsgerichtshofes, die sich beide bei zwei gleich gearteten Fällen mit dieser Grenzziehung befassen und doch zu sehr verschiedenen Ergebnissen kommen.

In diesen Entscheidungen handelt es sich darum, ob die Verwaltungsbehörde bei der Würdigung des Bedürfnisses (§ 33 Gew.O.) lediglich die Verhältnisse desjenigen kommunalen Bezirks, in welchem die nachgesuchte Schankwirtschaft errichtet werden soll, zu berücksichtigen hat oder ob sie bei der Bedürfnisprüfung auch die Verhältnisse der angrenzenden kommunalen Bezirke mit in Betracht ziehen kann bezw. muß.

Der bayerische Verwaltungsgerichtshof [228]) entscheidet sich dahin, daß die Beurteilung der Bedürfnisfrage in ihrer Gesamtheit, also ohne Einschränkung auf bestimmte Kriterien des Bedürfnisses dem Ermessen der Erlaubnisbehörde überlassen und daß daher die Prüfung des Bedürfnisses in allen Richtungen und Beziehungen, nach welchen das Bedürfnis überhaupt erwogen werden könnte, in das Ermessen der Verwaltungsbehörde gestellt sei. Die Verwaltungsbehörde allein hätte zu bestimmen, welche konkreten Verhältnisse sie bei der Entscheidung des Einzelfalles ihrem Gesamturteil über die Bejahung oder Verneinung des Bedürfnisses zu Grunde legen wolle. Zur Entscheidung darüber, ob die Prüfung des Bedürfnisses nach

[228]) Urteil vom 28. 12. 1889, Samml. Bd. 11 S. 553.

kommunalen Bezirken zu beschränken ist, erklärt sich der Verwaltungsgerichtshof für nicht zuständig.

Einen anderen Standpunkt nimmt hier das preußische Oberverwaltungsgericht ein. Im Urteil vom 17. 10. 1883 [229]) hebt es die Entscheidung eines Kreisausschusses wegen unrichtiger Anwendung des bestehenden Rechts deshalb auf, weil der Kreisausschuß davon ausgegangen war, die Bedürfnisfrage sei lediglich unter Berücksichtigung der Schankstätten und Verhältnisse des kommunalen Bezirks zu beurteilen. Nach der Ansicht des preußischen Oberverwaltungsgerichts könne diese Annahme in den bestehenden Gesetzen keinen Anhalt finden. Das preußische OVG zieht also im Vergleich zu dem bayer. VGH dem Ermessen der Erlaubnisbehörde in diesem Falle offensichtlich engere Grenzen.

Als weiteres Beispiel dafür, in welcher Weise das preußische OVG dem Ermessen der Verwaltungsbehörden bei der Beurteilung der Bedürfnisfrage bestimmte Grenzen zieht, soll hier noch eine weitere Entscheidung dieses Gerichts, die ebenfalls am 17. 10. 1883 ergangen ist[230]) und die oben schon einmal bei anderer Gelegenheit zitiert worden ist[231]), angeführt werden. Das OVG stellt in diesem Urteil fest, daß das Berufungsgericht den Umfang seiner Aufgabe, die ihm der Gesetzgeber mit der Bestimmung in § 33 Abs. 3 Gew.O. zugewiesen hat, verkannt habe. Denn wenn das Berufungsgericht bei seiner Entscheidung davon ausgehe, daß es bei der Konzessionierung einer Kantine an die Feststellung der Militärverwaltung hinsichtlich des Vorliegens eines Bedürfnisses für diese Kantine gebunden sei und sich somit von der Notwendigkeit einer selbständigen Ueberprüfung der Bedürfnisfrage befreit glaube, so sei hierin eine Rechtsverletzung zu erblicken.

Hier soll als Beispiel nur noch eine Entscheidung angeführt werden, in welcher das preußische OVG einmal feststellt, daß die Erlaubnisbehörde bei ihren Ermessenserwägungen die ihr hierzu vom Gesetz gezogenen Grenzen n i c h t überschritten hat.

Im Urteil vom 26. 2. 1883 [232]) führt das OVG aus, daß bei der Beurteilung der Bedürfnisfrage zwar das an einem Ort verkehrende auswärtige Publikum mit berücksichtigt werden könnte; falls dies aber seitens der Erlaubnis-

---

229) Entsch. Bd. 10 S. 259.
230) Entsch. Bd. 10 S. 254.
231) 5. Kapitel Abschnitt V.
232) Reger Bd. 4 S. 20.

behörde nicht geschehen sei, so wäre hierin keine Gesetzesverletzung zu erblicken.

Aus den bisher angeführten Beispielen ist bereits zu erkennen, daß die Feststellung, ob die Erlaubnisbehörde bei der Würdigung der Bedürfnisfrage sich in dem ihr vom Gesetzgeber für diese Ermessensentscheidung gezogenen Rahmen gehalten hat, im Einzelfalle sehr schwierig sein kann. Auch hier sind eben die Grenzen immer flüssig. Der Vergleich der beiden oben angeführten Urteile des preußischen OVG vom 17. 10. 1883 und des bayerischen VGH vom 28. 12. 1889 hatte sogar gezeigt, daß die beiden Verwaltungsgerichte bei ihrer Stellungnahme zu zwei gleich gearteten Fällen dem Ermessensspielraum der Erlaubnisbehörden sehr verschiedene Grenzen gezogen haben.

B. Die Ermessensfehler.

Wenn nun die Behörde ihr freies Ermessen unter Verletzung der erwähnten Grenzen auch auf ein Gebiet erstreckt, auf dem ihr Verhalten bereits durch eine feste Rechtsnorm geregelt ist, so bezeichnet man den Mangel, der einer solchen Entscheidung anhaftet, in der Rechtswissenschaft als „Ermessensfehler". Ueber der Lehre von den Ermessensfehlern hat, wie W. Jellinek[233] treffend feststellt, kein günstiger Stern gewaltet.

Laun[234]) hat die Ermessensfehler eingeteilt in Ermessensmißbrauch, Diskretionsverletzung und Ermessensverirrung. Die Ermessensverirrung soll eine objektive, die beiden erstgenannten Ermessensfehler dagegen subjektive Fehlerhaftigkeiten bezeichnen.

Unter Diskretionsverletzung versteht Laun eine gutartige (fahrlässige) Falschanwendung des freien Ermessens; mit Ermessensmißbrauch bezeichnet er dagegen das vorsätzliche (bösartige) Zuwiderhandeln gegen den Zweck der gesetzlichen Bestimmung, durch welche der Behörde das Ermessen eingeräumt wird.

Bei dieser Einteilung der Ermessensfehler ist die Abgrenzung zwischen der Diskretionsverletzung einerseits und dem Ermessensmißbrauch bezw. der Ermessensverirrung andererseits im Einzelfalle besonders schwierig. W. Jellinek[235]) weist in diesem Zusammenhang darauf hin, daß Laun selbst die Diskretionsverletzung bald der Ermessensverirrung[236]), bald aber auch dem Ermessensmißbrauch anlehne[237]).

---

[233]) Gesetz, Gesetzesanwendung u. Zweckmäßigkeitserwägung S. 333.
[234]) Das freie Ermessen und seine Grenzen S. 176 ff. S. 187 ff.
[235]) Gesetz usw. S. 334.
[236]) Laun aaO. S. 186.
[237]) Laun aaO. S. 228.

Die von Laun vorgeschlagene Dreiteilung der Ermessensfehler ist deshalb auch im Schrifttum auf Ablehnung gestoßen. Kelsen[238]) und Tetzner[239]) lehnen die Einteilung Launs gänzlich ab. Jellinek[240]) will die Diskretionsverletzung und den Ermessensmißbrauch zu einem Ermessensfehler vereinigen. Thoma[241]) verbindet dagegen wieder die Diskretionsverletzung mit der Ermessensverirrung. Bereits diese Stellungnahme der Literatur zu der von Laun getroffenen Einteilung zeigt, welche Uneinigkeit in dieser Lehre herrscht.

W. Jellinek[242]) hat in einer sehr interessanten und ausführlichen Untersuchung zehn verschiedene Arten von Ermessensfehlern aufgestellt. Hier sollen nur einige dieser verschiedenen Arten angeführt werden. Als ersten Ermessensfehler bezeichnet Jellinek: „die irrige Annahme einer Gebundenheit durch Gesetz, Tatbestand oder Dienstbefehl". Den zweiten Ermessensfehler findet er in: „der irrigen Annahme der Freiheit von einer durch Gesetz, Tatbestand oder Dienstbefehl gesetzten Schranke". An dritter Stelle seiner Einteilung führt er diejenigen Fälle an, in denen die Behörde annimmt, „nach freiem Belieben wählen zu dürfen", während als vierter Ermessensfehler „die Nichtberücksichtigung der dem Untertan günstigen Umstände" erscheint. Diese eben genannten, sowie die fünf nächsten von Jellinek aufgestellten Ermessensfehler haben ihren Ursprung innerhalb der fehlerhaften Erwägung der Behörde. Als zehnten Ermessensfehler nennt Jellinek den „Vorwand". Darunter sind diejenigen Fälle zu verstehen, in denen die Behörde durch Angabe falscher Gründe den wahren Anlaß ihrer Entscheidung zu verdecken sucht. Während Jellinek in den ersten neun Fällen eine Anfechtung der betreffenden Entscheidung wegen Verletzung des objektiven Rechts zuläßt, verneint er im letzten Falle — also bei Vorliegen des Vorwands - eine Anfechtungsmöglichkeit. Er weist treffend darauf hin, daß eine Entscheidung niemals mit dem Vorwurf der unwahren Begründung angefochten werden könnte. Wenn dies möglich wäre, dann würden die Rechtsmittel oft auf eine „Denunziation wegen Pflichtwidrigkeit" der entscheidenden Beamten hinauslaufen. Diesen Charakter hätten unsere Rechtsmittel aber nicht[243]).

---

238) Hauptprobleme der Staatsrechtslehre S. 510.
239) Im Jahrbuch des öffentl. Rechts 1911 S. 88.
240) Gesetz usw. S. 336.
241) Verw. Archiv Bd. 20 S. 447.
242) Gesetz usw. S. 331 ff.
243) Jellinek, Gesetz usw. S. 354.

Den Grundsatz, daß der sog. Vorwand nicht nachprüfbar ist, findet man auch oft in der Rechtsprechung bestätigt. Anzuführen sind hier u. a. das Urteil des bayer. Oberlandesgerichts vom 29. 11. 1900[244]) und die Urteile des preuß. Kammergerichts vom 1. 5. 1911[245]) und vom 19. 9. 1907[246]) betr. die „Teppichklopfverordnung" von Frankfurt a. M.

Abgesehen von den Fällen, in denen dieser „Vorwand" vorliegt, läßt Jellinek bei allen seinen Ermessensfehlern die verwaltungsgerichtliche Kontrolle zu[247]). Mit dem Ausdruck „Ermessensfehler" bezeichnet er rechtliche Fehler des Ermessens. Die Nachprüfung, ob bei einem Verwaltungsakt ein solcher Ermessensfehler festzustellen ist oder nicht, gehört also bei W. Jellinek in das Gebiet der Rechtskontrolle.

Eine andere Bedeutung mißt z. B. Bühler[248]) dem Begriff „Ermessensfehler" bei. Nach ihm hört das Gebiet der Ermessensfehler da auf, wo dasjenige der Rechtsfehler beginnt. Ein auf Rechtskontrolle beschränktes Verwaltungsgericht darf daher bei Bühler seine Kontrolle nicht mit auf das Gebiet der „Ermessensfehler" erstrecken; denn diese seien keine Verstöße gegen zwingende Rechtsvorschriften[249]).

Dagegen läßt beispielsweise wieder Laun bei den von ihm aufgestellten Ermessensfehlern, die oben näher besprochen wurden, ebenso wie Jellinek, die verwaltungsgerichtliche Kontrolle zu. Auch Merkel[250]) versteht unter Ermessensfehlern rechtliche Fehler. Aus alledem ist jedenfalls zu erkennen, daß im Schrifttum die Bezeichnung Ermessensfehler keineswegs mit einheitlicher Bedeutung gebraucht wird. —

Nach der hier vertretenen Ansicht ist zweckmäßigerweise die Bezeichnung „Ermessensfehler" dann zu verwenden, wenn das Organ bei seiner Ermessensentscheidung gegen eine Rechtsvorschrift verstößt. In den Fällen, in denen das Organ sein Ermessen nur unzweckmäßig sprechen läßt, in denen also sein Handeln von einem anderen Wertstandpunkt als dem des Rechts fehlerhaft erscheint, können von der Rechtswissenschaft, wie Mer-

244) Samml. Bd. 3 S. 115.
245) Johow Bd. 41 S. 423 ff.
246) Johow Bd. 34 S. 655.
247) Archiv für öffentliches Recht 32. Bd. S. 608 u. 609.
248) Die subjektiven öffentlichen Rechte S. 170.
249) So auch Thoma, Verw. Archiv Bd. 20 S. 444 ff, insbesondere S. 447, 448.
250) Merkel, Allgemeines Verwaltungsrecht S. 156.

kel[251]) richtig ausführt, eigentlich nicht „Ermessensfehler" festgestellt werden; denn damit beginge sie „eine Kompetenzüberschreitung in das Bereich einer fremden normativen Disziplin". — Im Anschluß an W. Jellinek und von Laun sollen hier daher unter Ermessensfehlern nur rechtliche Fehler, deren Nachprüfung in das Gebiet der Rechtskontrolle gehört, verstanden werden.

Gegen Jellineks Einteilung der Ermessensfehler in zehn verschiedene Arten wendet sich Bühler [252]). Er weist darauf hin, daß sich diese verschiedenen Arten bei der Behandlung des Einzelfalles doch nicht klar voneinander unterscheiden ließen; auch wäre bei der Entscheidung des konkreten Falles die Einreihung in die eine oder die andere Klasse ohne praktische Bedeutung.

Insoweit muß hier allerdings den Ausführungen Bühlers beigetreten werden, als es richtig ist, daß durch die von Jellinek vorgenommene Einteilung in zehn verschiedene Ermessensfehler die Schwierigkeiten bei der Feststellung, ob bei der Entscheidung des einzelnen praktischen Verwaltungsrechtsfalles nun ein solcher Ermessensfehler als vorliegend erachtet werden muß, nicht behoben sind. Hier soll daher auch, wenn man überhaupt eine Einteilung der Ermessensfehler vornehmen will, der neueren Unterscheidung in Ermessensüberschreitung bzw. Ermessensabirrung und Ermessensmißbrauch, die jetzt allgemein in der Verwaltungslehre Eingang gefunden hat, der Vorzug gegeben werden.

Aber auch zwischen der Ermessensüberschreitung und dem Ermessensmißbrauch ist nicht immer eine scharfe Unterscheidung möglich. Auch werden ja, wie oben schon gezeigt worden ist, diese Begriffe — insbesondere die Bezeichnung „Ermessensmißbrauch" — im Schrifttum nicht mit einheitlicher Bedeutung verwendet.

Merkel[253]) versteht unter Ermessensüberschreitung bzw. Ermessensabirrung das unbewußte Abirren von dem Zweck der Bestimmung, die das Ermessen eröffnet. Als Ermessensmißbrauch bezeichnet er dagegen das vorsätzliche — also bewußte — Zuwiderhandeln gegen diese Zweckbestimmung. Es ist oben schon ausgeführt worden, daß demgegenüber u. a. W. Jellinek[254]) bei der Besprechung von Launs Schrift „Das freie Ermessen usw." die Diskretionsverletzung, bei der es sich um eine fahrlässige (subjektive) Falschanwendung des freien Ermessens handelt, mit

[251]) aaO.
[252]) Die subjektiven öffentlichen Rechte S. 170.
[253]) Allgemeines Verwaltungsrecht S. 157.
[254]) Gesetz usw. S. 334.

dem Ermessensmißbrauch zu einem Ermessensfehler unter der Bezeichnung „Ermessensmißbrauch" verschmelzen will.

Allgemein scheint anerkannt zu sein, daß im Falle des Ermessensmißbrauchs dem Verwaltungsakt der Vorwurf des unsachlichen Beweggrundes zu machen ist. Es stimmen die Ansichten jedoch nicht darin überein, ob bei einem Verwaltungsakt, dem ein solcher Mangel anhaftet, die Verwaltungsbehörde, damit man von Ermessensmißbrauch sprechen kann, nur vorsätzlich oder auch fahrlässig die Grenzen, die ihr für ihre Ermessensentscheidung vom objektiven Recht gezogen sind, verletzt haben muß.

Im Streit dieser Meinungen erscheint diejenige als die richtigere, die unter Ermessensmißbrauch auch ein fahrlässiges Zuwiderhandeln gegen den Zweck der Bestimmung, durch welche der Verwaltungsbehörde das Ermessen eingeräumt wird, versteht.

Eine treffende Unterscheidung zwischen den beiden Ermessensfehlern „Ermessensüberschreitung" und „Ermessensmißbrauch" wird in der Entscheidung des Staatsgerichtshofes für das Deutsche Reich vom 25. Oktober 1932 getroffen [255]).

Der Staatsgerichtshof spricht dann von einer Ermessensüberschreitung, wenn die Behörde, der für die Entscheidung des konkreten Falles vom Gesetzgeber ein Ermessensspielraum gelassen ist, eine Entscheidung trifft, die offensichtlich über den Zweck hinausgeht, den der Gesetzgeber mit der gesetzlichen Bestimmung, auf Grund deren die Behörde nach ihrem Ermessen zu entscheiden hatte, erreichen will. Ein Ermessensmißbrauch liegt nach der Argumentation des Staatsgerichtshofs dann vor, wenn die von der Behörde nach ihrem freien Ermessen zu treffende Entscheidung überhaupt nicht zu den vom Gesetzgeber erstrebten Zwecken erlassen worden ist, wenn also die Entscheidung der Behörde nicht nur nicht über die ihr vom Gesetzgeber vorgeschriebenen Zwecke hinausgeht, sondern unter vollständiger Mißachtung der vom Gesetzgeber erstrebten Zwecke, zu ganz anderen, außerhalb der gesetzlichen Bestimmung liegenden Zwecken, erlassen worden ist. —

Wenn man die vom Staatsgerichtshof dort getroffene Unterscheidung auf eine Entscheidung, in der es sich um ein Wirtschaftskonzessionsgesuch handelt, anwendet, so wird man bei einer solchen Entscheidung, falls ihr der Mangel eines Ermessensfehlers anhaftet, von einer Er-

[255]) Bumke, Ausgewählte Entsch. 9. Heft S. 46 u. S. 47.

messensüberschreitung dann sprechen müssen, wenn die Verwaltungsbehörde offensichtlich über den Zweck, den der Gesetzgeber mit der Einführung des Bedürfnisnachweises in § 33 Gew.O. bezw. in § 1 Gast.Ges. erstrebt hat, hinausgegangen ist. Ein Ermessensmißbrauch würde dagegen dann vorliegen, wenn die Entscheidung der Verwaltungsbehörde nicht zu dem Zwecke der Verhinderung des übermäßigen Anwachsens der Wirtschaften, sondern zu anderen, außerhalb des vom Gesetzgeber mit der Bestimmung des § 33 Abs. 3 Gew.O., § 1 Gast.Ges. erstrebten Zweckes, erlassen worden ist.

Was die Aufnahme des Begriffes „Ermessensmißbrauch" in die Verwaltungsgerichtsgesetze anbelangt, so wird die Bezeichnung „Ermessensmißbrauch" bis jetzt nur im bremischen Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 6. Januar 1924 verwendet. Dort wird in § 9 bestimmt, die Anfechtungsklage gegen Verwaltungsakte könne nicht darauf gestützt werden, daß von dem Ermessen ein unrichtiger Gebrauch gemacht sei, es sei denn, daß Ermessensmißbrauch in Betracht komme. W. Jellinek[256]) weist mit Recht darauf hin, daß mit der Bezeichnung Ermessensmißbrauch nicht alle Arten von Ermessensfehlern, die bei Ermessensentscheidungen vorkommen können, erfaßt würden; dies sei vom bremischen Gesetzgeber übersehen worden.

Ein Beispiel für eine Ermessensüberschreitung bietet das wiederholt erwähnte Urteil des preuß. OVG vom 17. 10. 1883[257]). Das OVG hebt dort eine Entscheidung des Bezirksausschusses wegen unrichtiger Anwendung des bestehenden Rechts auf. In dieser Entscheidung war insofern ein Ermessensfehler enthalten, als der Bezirksausschuß geglaubt hatte, die Bedürfnisfrage lediglich unter Berücksichtigung der Schankstätten und Verhältnisse des kommunalen Bezirks, in dem die neue Wirtschaft errichtet werden sollte, beurteilen zu müssen. Das OVG führte, wie oben bereits an anderer Stelle erörtert worden ist, dazu aus, daß diese Annahme in den bestehenden Gesetzen keinen Anhalt finden könne.

Der Bezirksausschuß hatte sich hier also bei seiner Ermessensentscheidung über die Grenzen geirrt, die ihm vom Gesetzgeber in der Weise gesetzt sind, daß die Genehmigung oder Versagung eines Wirtschaftskonzessionsgesuchs von dem Nachweis eines Bedürfnisses abhängig gemacht worden sind. Man kann der Entscheidung des

---

[256]) Verwaltungsrecht 1931 S. 38.
[257]) Entsch. Bd. 10 S. 259.

Bezirksausschusses zwar nicht vorwerfen, daß sie zu Zwecken erlassen worden ist, die außerhalb der vom Gesetzgeber in § 33 Abs. 3 Gew.O. getroffenen Zweckbestimmung der vernünftigen Verhinderung des übermäßigen Anwachsens der Wirtschaften liegen. Wohl aber geht die Entscheidung nach der Ansicht des preuß. OVG über diesen vom Gesetzgeber erstrebten Zweck insoweit hinaus, als die Verwaltungsbehörde unter Verkennung ihrer Aufgabe die Prüfung des Bedürfnisses auf einen zu engen Kreis, nämlich nur auf den kommunalen Bezirk, in dem die neue Wirtschaft errichtet werden soll, begrenzt. Aus diesem Grunde kann man hier, wenn man der Argumentation des Staatsgerichtshofes folgt, von einer Ermessensüberschreitung sprechen.

Mit einem Fall des Ermessensmißbrauchs hätte man es beispielsweise dann zu tun, wenn die Erlaubnisbehörde ein Wirtschaftskonzessionsgesuch mit der Begründung ablehnen würde, ein Bedürfnis für die Erteilung der Erlaubnis könne deshalb nicht anerkannt werden, weil zu befürchten wäre, daß der Antragsteller als Anhänger einer radikalen, der Regierung feindlich gesinnten Partei die neue Wirtschaft als Parteilokal dieser Partei führen würde. Hier würde die Entscheidung nicht zu Zwecken, die vom Gesetzgeber mit § 33 Abs. 3 Gew.O. erstrebt werden, sondern zu anderen, außerhalb der §§ 33 Abs. 3 Gew.O. und 1 Gast.Ges. liegenden Zwecken erlassen worden sein.

Die Erlaubnisbehörde soll bei ihren Entschließungen nur sachliche Gesichtspunkte berücksichtigen. Sie darf sich daher auch nicht von politischen oder fiskalischen Beweggründen leiten lassen. Hier soll als Beispiel noch folgender Fall, bei dem man von einem Ermessensmißbrauch der Behörde sprechen kann, angeführt werden. Eine Ortspolizeibehörde hatte dem Besitzer eines Lichtspieltheaters eine polizeilich genehmigte Vorstellung für einen bestimmten Tag nur deshalb verboten, um damit einem an demselben Tage geplanten öffentlichen Konzert den unerwünschten Wettbewerb fernzuhalten. Das preußische Oberverwaltungsgericht[258]) erklärte das Verbot für rechtswidrig.

Im Zusammenhang mit dieser eben besprochenen Unterscheidung in Ermessensüberschreitung und Ermessensmißbrauch muß hier noch, insbesondere mit Hinblick auf den letztgenannten Ermessensfehler, auf eine besondere Schwierigkeit, die sich bei der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung einer Entscheidung ergeben kann, hingewiesen werden. Bei der Betrachtung, in welcher Weise das

---

[258]) Entsch. Bd. 55 S. 459.

Verwaltungsgericht eine Entscheidung, der man einen Ermessensfehler vorwirft, nachzuprüfen hat, erhebt sich die bestrittene Frage, ob bei dieser Prüfung das Verwaltungsgericht nur darauf zu achten hat, daß einer solchen Entscheidung nicht in objektiver Beziehung eine Zweckwidrigkeit anhaftet, oder ob es auch die subjektive Einstellung der Behörde — das evtl. unzulässige Motiv ihrer Willensbestimmung — zum Gegenstand seiner Nachprüfung machen muß.

Eine Durchsicht der Entscheidungen des preußischen Oberverwaltungsgerichts zeigt, daß dieses Gericht grundsätzlich streng den objektiven Standpunkt vertritt. So heißt es im Urteil vom 14. Dezember 1899[259]), in dem es sich allerdings um eine polizeiliche Verfügung handelt, „nach der feststehenden Rechtsprechung des Oberverwaltungsgerichts kommt es nicht darauf an, ob die Polizeibehörde selbst bei Erlaß ihrer Verfügung überall von zutreffenden Gesichtspunkten ausgegangen ist, sondern nur darauf, ob die Verfügung objektiv dem bestehenden Recht entspricht"[260]). Auf die persönlichen Motive, aus denen die Verwaltungsbehörde die Entscheidung tatsächlich erlassen hat, soll es also nicht ankommen. Es genügt, wenn sich der Entscheidung objektive Gründe unterschieben lassen. —

An dieser Stelle sei nochmals erwähnt, daß das OVG, wie bei der Besprechung der von W. Jellinek aufgestellten Ermessensfehler bereits festgestellt wurde, nicht kontrolliert, ob der Entscheidung der Vorwurf eines „Vorwands" zu machen ist.

Oben war schon erörtert worden, daß die Verwaltungsbehörde bei einer Ermessensentscheidung — z. B. bei der Würdigung der Bedürfnisfrage — nicht nach Laune und Willkür handeln darf. Auch das preußische OVG spricht in vielen Entscheidungen aus, daß die „Berechtigung des freien Ermessens nicht die Zulässigkeit der Willkür oder der Schikane in sich schließe"[261]). Es bleibt daher jetzt noch festzustellen, wie sich diese Aussprüche des OVG mit seinem eben besprochenen objektiven Grundsatz vertragen.

W. Jellinek[262]) kommt mit Recht zu dem Ergebnis, daß die in den Urteilen des OVG wiederkehrenden Formeln, die Entscheidung dürfe nicht auf Willkür oder sonstiger

---

[259]) Entsch. Bd. 36 S. 407.
[260]) So auch Entsch. Bd. 6 S. 366; Bd. 60 S. 317 u. Bd. 76 S. 385.
[261]) So u. a. im Urteil vom 27. April 1881, Bd. 7 S. 305.
[262]) Gesetz usw. S. 65 ff.

Pflichtwidrigkeit beruhen, nur als Redensarten, mit denen das OVG nicht Ernst machen wolle, aufzufassen sind; denn das OVG verwende diese Formel niemals als Waffe gegen die polizeilichen Verfügungen. Das OVG gebrauche die Formel, die Verfügung dürfe „nicht auf Willkür oder sonstiger Pflichtwidrigkeit der Behörde" beruhen, vielmehr immer nur dazu, um den Anfechtenden zu belehren, daß das Vorgehen der Polizei den Vorwurf der Pflichtwidrigkeit nicht verdiene.

Wie Schoen[263]) richtig feststellt, verbindet das OVG mit den Ausdrücken „Willkür", „Schikane" usw. nicht die Vorstellung, „als ob sie notwendig ein pflichtwidriges, disziplinarisch rügbares, also subjektiv fehlerhaftes Handeln der Beamten bezeichneten", sondern das OVG will mit diesen Ausdrücken auch nur sagen, daß das in Frage stehende Handeln der Behörde vom objektiven Standpunkt aus fehlerhaft erscheint.

Allerdings ist die Feststellung, daß die Verwaltungsbehörde bei ihrer Entscheidung willkürlich, aus Schikane oder aus sonstigen unzulässigen Motiven gehandelt hat, nicht ohne Bedeutung. Läßt sich feststellen, daß einer Entscheidung ein solches gesetzwidriges Motiv zu Grunde liegt, dann besteht, worauf Scheuner[264]) treffend hinweist, auch der Verdacht einer objektiven Gesetzwidrigkeit des betreffenden Verwaltungsakts. Im Zweifel wird diese Feststellung zur Ungültigkeit des Aktes führen.

Nehmen die unzulässigen Motive, von denen sich die Verwaltungsbehörde bei ihrer Entscheidung leiten läßt, den Charakter der „persönlichen Beteiligung" an, so hebt das preußische OVG die Entscheidung bereits allein auf Grund dieser Feststellung auf[265]). Für die Annahme einer solchen persönlichen Beteiligung genügt, wie in der Entscheidung des preuß. OVG vom 18. 5. 1914 [266]) ausgeführt wird, sogar schon das Vorhandensein rein objektiver Umstände, aus denen sich ohne Rücksicht auf das subjektive Verhältnis der betreffenden Verwaltungsbeamten zu der in Frage stehenden Angelegenheit, ihr persönliches Interesse an der Entscheidung ergibt. So stellt das Urteil des preuß. OVG vom 12. 10. 1878[267]) fest, daß ein Gemeindevorsteher, der gegen die Erteilung einer Schankkonzession Einspruch erhoben hat, in der zur Entscheidung stehenden Sache deshalb als persönlich beteiligt anzusehen sei,

[263]) Verw. Arch. Bd. 27 S. 140.
[264]) Scheuner, Verwaltungsarchiv Bd. 33 S. 93.
[265]) Urteil vom 6. 7. 1911, Entsch. Bd. 59 S. 467.
[266]) Preuß. Verwaltungsblatt 37 S. 265.
[267]) Entsch. Bd. 4 S. 328.

weil er in derselben Ortschaft, in der die neue Wirtschaft errichtet werden soll, selbst eine Gastwirtschaft besitzt, die er durch einen Vertreter betreiben läßt.

In der Entscheidung vom 1./8. 1883[268]) wird festgestellt, daß diese persönliche Beteiligung auch dann anzunehmen ist, wenn bei dem Gemeindevorsteher zwar nicht, wie in der eben besprochenen Entscheidung vom 12. 10. 1878, ein vermögensrechtliches Interesse an der Versagung der Konzession obwaltet, wenn aber zwischen ihm und dem Antragsteller eine Feindschaft in der Art besteht, daß seine Unparteilichkeit nicht mehr als voll gesichert anzusehen ist.

In dieser Richtung besteht also für ein Verwaltungsgericht die Möglichkeit, eine Entscheidung, die die Bejahung oder Verneinung der Bedürfnisfrage des § 33 Gew.O. bezw. des § 1 Gast.Ges. zum Gegenstand hat, wegen der dieser Entscheidung zu Grunde liegenden unzulässigen Motive im Wege der Rechtskontrolle aufzuheben.

Außer dieser Möglichkeit bedeutet für den Staatsbürger insbesondere der Begründungszwang (§ 20 Abs. 2 Gew.O., § 18 Ziff. I Gast.Ges.) einen gewissen Schutz vor etwaiger Willkür oder Schikane der Erlaubnisbehörde. Daß der Verwaltungsbehörde allerdings die Möglichkeit der unwahren Begründung bleibt (Vorwand), wurde bereits erörtert.

Schließlich bietet die kollegiale Zusammensetzung der Erlaubnisbehörden eine Gewähr dafür, daß ihre Entscheidungen dem Willen des Gesetzgebers entsprechen.

IV. Die Beurteilung der Rechtsnatur der Bedürfnisfrage nach heutigem Recht.

Die Ansicht über die Rechtsnatur der Bedürfnisfrage hat heute in Bezug auf die richterliche Ueberprüfbarkeit keine praktische Bedeutung mehr. Denn in § 18 Nr. 2 Gast.Ges. ist ja ausdrücklich bestimmt, daß, soweit ein Verwaltungsstreitverfahren stattfindet, auch der Nachweis des Bedürfnisses (§ 1 Abs. 2) der gerichtlichen Nachprüfung unterliegt.

In Preußen ist dies, wie oben erörtert worden ist, gemäß § 114 des Zuständigkeitsgesetzes von 1883 schon bisher der Fall gewesen.

Anders lagen aber die Verhältnisse z. B. in Bayern. Der bayerische Verwaltungsgerichtshof hatte ja bisher die Bedürfnisfrage als Ermessensfrage angesehen und sich mit Rücksicht auf Artikel 13 Abs. 1 Ziff. 3 des Verwaltungsgerichtsgesetzes zur Nachprüfung dieser Frage für nicht zuständig erklärt.

---

[268]) Entsch. Bd. 16 S. 357.

Heute ist hier in Bayern eine Aenderung eingetreten. Da in Bayern das Verwaltungsstreitverfahren stattfindet, hat der bayerische Verwaltungsgerichtshof künftig, soweit er gemäß Art. 8 Ziff. 8 des Verwaltungsgerichtsgesetzes als dritte Instanz in Frage kommt, auch die Bedürfnisfrage nachzuprüfen (§ 18 Nr. 2 Gast.Ges.; § 2 Abs. 2 d. bayer. Vollzugsverordnung vom 1. 7. 1930).

A. Die Meinungsverschiedenheiten über die Rechtsnatur der Bedürfnisfrage bei den Beratungen des Gaststättengesetzes im Reichstagsausschuß.

Von bayerischer Seite hatte man die Aufnahme der erwähnten Bestimmung in § 18 Nr. 2 Gast.Ges. nicht ohne Widerspruch hingenommen. So war in dem Reichstagsausschuß[269]) von der bayer. Volkspartei der Antrag gestellt worden, den Halbsatz unter Ziff. 2 des § 18, „soweit ein Verwaltungsstreitverfahren stattfindet, unterliegt auch der Nachweis des Bedürfnisses der gerichtlichen Nachprüfung", zu streichen. Zur Begründung dieses Antrages wurde geltend gemacht, daß der bayerische Verwaltungsgerichtshof seiner ganzen Verfassung nach nicht in der Lage sei, über derartige Ermessenssachen zu entscheiden. — Durch die Aufnahme der erwähnten Bestimmung in § 18 Nr. 2 Gast.Ges. würden, so führte der Vertreter der bayerischen Regierung aus, Rechte anderer Länder nicht beeinflußt, in Bayern aber geltendes Recht nicht berücksichtigt. Die Bedürfnisfrage sei tatsächlich eine Ermessensfrage[270]).

Der Vertreter der Reichsregierung stellte sich in der genannten Ausschußsitzung demgegenüber auf den Standpunkt, daß das Bedürfnis nach der neuen Fassung des § 1, „nicht mehr nur Ermessensfrage" sei[271]). Der bayerische Antrag auf Streichung der betreffenden Bestimmung in Nr. 2 des § 18 Gast.Ges. wurde vom Ausschuß abgelehnt [272]) Damit schloß sich der Ausschuß dem Standpunkt der Begründung zur Regierungsvorlage an, nach der es als eine im Ergebnis unbefriedigende Regelung bezeichnet ist, daß in einigen Ländern die Nachprüfung des Bedürfnisses deshalb nicht stattfinden kann, weil sich nach den betreffenden Bestimmungen in den Verwaltungsgerichtsgesetzen die Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte nur auf

[269]) Bericht des 8. Ausschusses über den Entwurf eines Gast. Ges., Reichstag IV. Wahlperiode 1928 S. 21.
[270]) aaO. S. 22.
[271]) aaO. S. 22.
[272]) aaO. S. 21/22 u. S. 83 Anträge Nr. 169.

Rechtsfragen beschränkt, die Feststellung des Bedürfnisses aber als Ermessensfrage angesehen wird[273]).

Bei der Einführung der Bestimmung des § 18 Nr. 2 zweiter Halbsatz Gast.Ges. wurde nun, wie bereits aus der oben wiedergegebenen Aeußerung des Vertreters der Reichsregierung im Reichstagsausschuß zu erkennen war, berücksichtigt, daß die auf Grund des § 1 Abs. 3 lit a Gast.Ges. zu erlassenden reichs- und landesrechtlichen Bestimmungen nicht ohne Einfluß auf die Beurteilung der Rechtsnatur der Bedürfnisfrage bleiben konnten. So wird in der Begründung zur Regierungsvorlage in dieser Hinsicht bemerkt: „Falls die nach § 1 Abs. 3 lit a möglichen Bestimmungen erlassen werden, sind auch begründete Zweifel dagegen geltend zu machen, die Prüfung des Bedürfnisses wie bisher nur als Ermessensfrage anzusehen"[274]).

Die Ausdrucksweise, der sich die Begründung zur Regierungsvorlage hier bedient, ist ein typisches Beispiel dafür, wie schwierig es ist, bei der Unterscheidung der Ermessenssachen von den Rechtsfragen eine feste Grenze zu ziehen. Nach der Begründung soll die Bedürfnisfrage also jetzt nicht mehr „nur als Ermessensfrage" anzusehen sein. Diese Ausdrucksweise ist jedoch nicht geeignet, zur Klärung der hinsichtlich der Beurteilung der Rechtsnatur der Bedürfnisfrage bestehenden Streitfrage, die sich in Anbetracht der in manchen Ländern in den Verwaltungsgerichtsgesetzen vorhandenen Bestimmungen über den Ausschluß der Ermessensfragen von der verwaltungsgerichtlichen Nachprüfung erhebt, beizutragen. Denn die Begründung geht gerade an der Kernfrage vorbei. —

Mit einer allgemeinen Feststellung, es wären begründete Zweifel dagegen geltend zu machen, „die Prüfung des Bedürfnisses wie bisher nur als Ermessensfrage anzusehen", ist hier nicht viel gewonnen.

Man könnte hier zunächst einwenden, daß es ja, wie oben besprochen worden ist, vom Standpunkt abstrakt logischer Konstruktion aus gesehen, bisher überhaupt nicht möglich war, die Prüfung des Bedürfnisses *nur* als Ermessensfrage anzusehen. Will man nun beispielsweise im Hinblick auf Artikel 13 Abs. 1 Ziff. 3 des bayerischen Verwaltungsgerichtsgesetzes feststellen, ob auch heute noch die Prüfung des Bedürfnisses als eine Ermessensfrage *im Sinne dieser Vorschrift* anzusehen ist, so kann man sich nicht mit einer allgemein gehaltenen Feststellung, „daß

[273]) S. 16 der Begründung.
[274]) S. 16 der Begründung.

die Bedürfnisfrage nicht mehr wie bisher nur als Ermessensfrage" anzusehen ist, begnügen, sondern man ist gezwungen, sich ganz eindeutig zu entscheiden, ob die Prüfung des Bedürfnisses auch heute noch als Ermessensfrage im Sinne des Art. 13 Abs. 1 Ziff. 3 anzusehen ist, oder ob man unter Berücksichtigung der durch den Erlaß des Gaststättengesetzes geschaffenen Rechtsverhältnisse zu dem Ergebnis kommen muß, daß das Vorliegen einer Ermessenssache im Sinne des Art. 13 Abs. 1 Ziff. 3 nicht mehr anzunehmen ist. Die Beantwortung der Streitfrage verlangt also entweder eine klare Bejahung oder eine klare Verneinung. Diese klare Antwort wird aber in der Begründung nicht gegeben. Nach der Ausdrucksweise der Begründung für sich allein würden immer noch Unklarheiten darüber bestehen bleiben, ob nun die Bedürfnisfrage auch heute noch als Ermessensfrage z. B. im Sinne des § 13 Abs. 1 Ziff. 3 des bayerischen Verwaltungsgerichtsgesetzes anzusehen ist oder nicht. Einem weiteren Streit in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft über die Rechtsnatur der Bedürfnisfrage wäre hier bereits schon wieder der Weg bereitet. Es ist daher auch aus diesem Grunde von besonderer Bedeutung, daß sich heute bei der Beantwortung der Frage, ob die Bedürfnisfrage durch ein Verwaltungsgericht nachgeprüft werden kann, ein Streit der Meinungen über die Rechtsnatur der Bedürfnisfrage in Literatur und Rechtsprechung erübrigt, da ja mit der positiven Bestimmung in § 18 Abs. 2 Gast.Ges. die verwaltungsgerichtliche Nachprüfung vom Gesetzgeber nunmehr ausdrücklich angeordnet wird.

B. Der Einfluß der Bestimmungen in §§ 1 und 18 des Gaststättengesetzes und in §§ 1 bis bis 5 der Verordnung der Reichsregierung vom 21. 6. 1930 auf die Beurteilung der Rechtsnatur der Bedürfnisfrage.

Darin allerdings, daß mit Erlaß der in § 1 Ziff. 3 lit a Gast.Ges. vorgesehenen Bestimmungen eine wesentliche Aenderung in der Rechtsnatur der Bedürfnisfrage eingetreten ist, kann der Begründung der Regierungsvorlage durchaus zugestimmt werden. Mit der Verordnung der Reichsregierung vom 21. 6. 1930, deren einzelne §§ im 5. Kapitel der Arbeit ausführlicher besprochen wurden, sind ja von Reichswegen Voraussetzungen bestimmt worden, unter denen ein Bedürfnis für die Erlaubniserteilung anzuerkennen oder zu verneinen ist.

Die Verordnung der Reichsregierung vom 21. 6. 1930 ist eine Rechtsverordnung und daher nicht nur für die Poli-

zeibehörden, sondern auch für die Beschlußbehörden und die Verwaltungsgerichte bindend[275]). Diese Feststellung kann aber nicht ohne entscheidenden Einfluß auf die Beurteilung der Rechtsnatur der Bedürfnisfrage im Sinne des § 1 Abs. 2 Gast.Ges. bleiben. Es war oben ausgeführt worden, daß der bayerische Verwaltungsgerichtshof in der ersten einschlägigen Entscheidung[276]) die Bedürfnisfrage des § 33 Gew.O. deshalb als Ermessensfrage erklärte, „weil die Verordnung vom 8. 8. 1879 es unterläßt, Tatsachen zu bezeichnen, deren Nachweis das Vorhandensein des Bedürfnisses begründet".

Auch der braunschweigische Verwaltungsgerichtshof hatte seinen Standpunkt, die Bedürfnisfrage müsse als eine Frage des freien Verwaltungsermessens angesehen werden, damit begründet, daß „weder im Gesetz noch in den Verhandlungen darüber Voraussetzungen des Bedürfnisnachweises angedeutet oder festgelegt sind" und daß sich ferner auch „keine Anordnungen der Landesregierung finden, die das freie Ermessen in der Entscheidung über die Bedürfnisfrage einengen" [277]).

Heute können die in den beiden zitierten Entscheidungen gewählten Begründungen in Anbetracht der in der Verordnung vom 21. 6. 1930 enthaltenen Bestimmungen nicht mehr durchschlagen.

C. Die Prüfung der Bedürfnisfrage gehört heute zu den Rechtsfragen.

Allerdings wird auch heute noch die letzte Schlußfolgerung bei der Prüfung, ob das Bedürfnis gemäß der Verordnung vom 21. 6. 1930 zu bejahen oder zu verneinen ist, nach der individuellen Einstellung der Erlaubnisbehörde getroffen. Es wirkt also auch heute noch ein Stück „Ermessen" bei der Beurteilung der Bedürfnisfrage mit. (Der Ausdruck „Ermessen" wird hier, worauf mit Nachdruck hingewiesen werden soll, mit anderer Bedeutung verwendet als der „technische Begriff des freien Verwaltungsermessens" beispielsweise im Sinne des Art. 13 Abs. 1 Ziff. 3 des bayerischen Verwaltungsgerichtsgesetzes). Die subjektiven Entschließungen der Erlaubnisinstanzen sind aber heute an die objektiven Merkmale der Verordnung vom 21. 6. 1930 gebunden. Das Verhalten der Erlaubnisbehörde ist heute dem einzelnen gegenüber also nicht

[275]) § 1 Ziff. 2 der Ausführungsbestimmungen des preußischen Ministers des Innern zum Gaststättengesetz; Min.Erl. vom 5. 6. 1930 Min. Bl. f. d. i. Verw. S. 541.

[276]) Samml. 1 S. 140.

[277]) Entsch. vom 22. 1. 1912, Zeitschr. für Rechtspflege des Herzogtums Braunschweig 59. Jahrg. S. 26.

etwa nur nach innen — in bestimmter Weise gesetzlich festgelegt. Der Bewegungsspielraum, der der Erlaubnisbehörde heute bei der Prüfung des Bedürfnisses noch bleibt, tritt gegenüber der rechtlichen Gebundenheit derartig in den Hintergrund, daß man heute nicht mehr von einem Akt des freien Ermessens — im Sinne des technischen Ermessensbegriffes, wie man ihn beispielsweise in Art. 13 Abs. 1 Ziff. 3 des bayerischen Verwaltungsgerichtsgesetzes findet — sprechen kann.

Zur Stützung dieses Ergebnisses dient auch der Hinweis, daß die gefundene Feststellung dem mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers entspricht. Wenn der Gesetzgeber mit der Bestimmung des Art. 18 Nr. 2 Gast.Ges. den Nachweis des Bedürfnisses ausdrücklich der gerichtlichen Nachprüfung unterwirft, so ist, wie W. Jellinek[278]) richtig ausführt, hieraus die Schlußfolgerung zu ziehen, daß der Gesetzgeber die Prüfung des Bedürfnisses im Einzelfalle nicht mehr als einen Akt des freien Verwaltungsermessens ansieht.

Jellinek weist noch darauf hin, daß nach dem Gaststättengesetz die Bedürfnisfrage nur insoweit Ermessensfrage ist, als die Reichsregierung und die obersten Landesbehörden gemäß § 1 Abs. 3 Gast.Ges. die Voraussetzungen, unter denen ein Bedürfnis für die Erlaubniserteilung anzuerkennen oder zu verneinen ist, bestimmen können. Die Prüfung des Bedürfnisses im Einzelfalle ist aber, wie oben festgestellt worden ist, heute nicht mehr, z. B. im Sinne des Art. 13 Abs. 1 Ziff. 3 des bayerischen Verwaltungsgerichtsgesetzes, als Ermessensfrage anzusehen[279]).

Der bayerische Verwaltungsgerichtshof ist demnach gemäß Art. 8 Ziff. 8 des Verwaltungsgerichtsgesetzes zur Nachprüfung dieser Frage zuständig.

Die Aufnahme der Bestimmung in § 18 Nr. 2 Gast.Ges. — nach der, soweit ein Verwaltungsstreitverfahren stattfindet, auch der Nachweis des Bedürfnisses der gerichtlichen Nachprüfung unterliegt — bedeutet also im Ergebnis keine Beeinflussung der in Bayern herrschenden Rechtsauffassung.

Denn die Bedürfnisfrage des Wirtschaftskonzessionswesens war ja, wie oben näher erläutert worden ist, von dem nach den erwähnten gesetzlichen Bestimmungen des bayerischen Verwaltungsgerichtsgesetzes auf Rechtskontrolle beschränkten Verwaltungsgerichtshof n u r d e s h a l b

---

[278]) Verw.Recht 1931, S. 34.
[279]) So auch Michel, Das Gast.Ges., S. 52.

nicht nachgeprüft worden, weil der Verwaltungsgerichtshof auf dem Standpunkt stand, daß die Feststellung des Bedürfnisses durch die Verwaltungsbehörde als ein Akt des freien Verwaltungsermessens anzusehen sei. Für den Rechtszustand vor Erlaß des Gaststättengesetzes war diese Ansicht des bayerischen Verwaltungsgerichtshofes gerechtfertigt; denn nach dem damaligen Rechtszustand mußte ja die Bedürfnisfrage als Ermessensfrage angesehen werden. Heute aber muß, wie in diesem Abschnitt eben gezeigt worden ist, besonders mit Rücksicht auf die in der Verordnung der Reichsregierung vom 21. 6. 1930 ergangenen Bestimmungen, die Feststellung des Bedürfnisses als eine Rechtsfrage angesehen werden. Der bayerische Verwaltungsgerichtshof hätte heute demnach keine Veranlassung mehr — auch wenn die besondere Bestimmung in § 18 Nr. 2 Gast.Ges. nicht erlassen worden wäre — sich zur Nachprüfung dieser Frage für unzuständig zu erklären.

In Anbetracht der Bedeutung, die die Prüfung des Bedürfnisses bei der Erlaubniserteilung einer Wirtschaft einnimmt, ist es, worauf hier noch einmal hingewiesen werden soll, zu begrüßen, daß heute eine gerichtliche Nachprüfung der Bedürfnisfrage in den Ländern, in denen überhaupt das Verwaltungsstreitverfahren stattfindet, gewährleistet ist.

Literatur-Verzeichnis.

Apelt, Karl: Das sächsische Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 19. Juli 1900, 2. Aufl. 1911.

von Arnstädt: Das preußische Polizeirecht, 2. Bd. 1907.

Bochmann I: Gesetzessammlung für den Gast- und Schankwirtschaftsbetrieb und den Kleinhandel mit Branntwein und Spiritus im Deutschen Reiche, 3. Aufl. 1891.

von Brauchitsch, M.: Verwaltungsgesetze für Preußen, I. Bd. 1930, 24. Aufl., V. Bd. 1928, 21. Aufl.

Bühler, Ottmar: Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914.

Derselbe: im Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, Stengel-Fleischmann, 3. Bd. S. 744 ff.

Dyroff, Anton: Bayerisches Verwaltungsgerichtsgesetz nebst Vollzugsvorschriften und sonst einschlagenden Bestimmungen. Manulneudruck der 5. Aufl. (1917) 1925.

Fleiner, Fritz: Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts, 8. Aufl. 1928.

Frei, Eugen: Das Gaststättengesetz vom 28. April 1930.

Friedrichs, Karl: Verwaltungsrechtspflege 1. Bd. 1920.

Derselbe: Gaststättengesetz, Kommentar, 1930.

Gneist, Rudolf: Der Rechtsstaat 1879.

Goez, Karl: Die Verwaltungsrechtspflege in Württemberg, 1902.

Handwörterbuch der Staatswissenschaften, III. Aufl., 1909.

Handwörterbuch des sächsischen Verwaltungsrechts von Curt von der Mosel, 13. Aufl., 1926.

Hatschek, Julius: Lehrbuch des deutschen und preußischen Verwaltungsrechts, 7. und 8. veränderte Auflage, 1931.

Jellinek, Walter: Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, 1913.

Derselbe: im Archiv des öffentlichen Rechts 32. Bd., S. 580 ff.

Derselbe: Verwaltungsrecht 3. Aufl., 1931.

Kahr, G.: Kommentar zum Gesetz vom 8. August 1878; 1879.

Kelsen: Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Tübingen 1911.

Kerstiens, Christian: Das Gaststättengesetz vom 28. April 1930.

von Landmann, Robert: Kommentar zur Gewerbeordnung für das Deutsche Reich, I. Bd. 1. Teil, 8. Aufl. 1928.

Langefeld, Hans: Die Umgestaltung des § 33 der Gewerbeordnung durch das Notgesetz vom 24. II. 1923, Dissertation Jena 1926.

von Laun, Rudolf: Das freie Ermessen und seine Grenzen, 1910.

Derselbe: Uebersicht über wichtige Einrichtungen des Auslandes auf dem Gebiete des Verwaltungsrechts, 1913.

von Lemayer: Apologetische Studien zur Verwaltungsgerichtsbarkeit in Grünhuts Zeitschrift für das private — und öffentliche Recht der Gegenwart, Bd. 22 S. 22 und S. 447.

Mayer, Otto: Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Bd. 2. Aufl., 1914.

Meyer-Anschütz: Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 3. Teil, 7. Auflage, 1919.

Menzinger, Leopold: Ermessen und Verwaltungsgerichtsbarkeit im bayerischen Recht, in Blätter für administrative Praxis, Bd. 58, Nr. 1 und 2, 1908.

Merkel, Adolph: Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927.

Michel: Das Gaststättengesetz vom 28. April 1930 und die wichtigsten reichs- und landesrechtlichen Ausführungs- und Nebenbestimmungen, 1930.

Mueller, Otto: Die Begriffe der Verwaltungsrechtspflege und des Verwaltungsstreitverfahrens nach preußischem Recht, 1895.
Nawiasky, Hans: Bayerisches Verfassungsrecht, 1923.
Olshausen, Alfred: Begriff und Nachweis des Bedürfnisses im Sinne der Gewerbeordnung, im preußischen Verwaltungsblatt, 45. Jahrgang Nr. 466, 1923—1924.
Piloty-Schneider: Grundriß des Verwaltungsrechts in Bayern und dem Deutschen Reiche, 3. Aufl., 1927.
Reger, A.: Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden, vornehmlich auf dem Gebiete des auf reichsrechtlichen Bestimmungen beruhenden Verwaltungs- und Polizeistrafrechts.
Rohmer, Gustav: Das Gaststättengesetz vom 28. April 1930, München 1930.
von Rohrscheidt, Kurt: Gaststättengesetz vom 28. April 1930.
Schecher, Ludwig: Gewerbepolizeirecht des Deutschen Reiches, 1910.
Scheuner, Ulrich: Zur Frage der Grenzen der Nachprüfung des Ermessens durch die Gerichte, im Verwaltungsarchiv (Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungsgerichtsbarkeit) 33. Bd. Seite 66 ff, 1928.
Schmoller, Gustav: Die Konzessionierung des Schankbetriebs in Preußen, im Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reiche, 14. Jahrgang, 1890.
Schoen: Zur Frage der Grenzen der Ueberprüfung polizeilicher Verfügungen im Verwaltungsstreitverfahren, im Verwaltungsarchiv 27. Bd. S. 85 ff.
Seydel, Max: Das Gewerbepolizeirecht nach der Reichsgewerbeordnung, in Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik, 1881.
Derselbe: Bayerisches Staatsrecht, 2. Auflage, Neubearbeitet von R. Piloty, Tübingen, 1913.
Stenglein, M.: Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen des Deutschen Reichs, 5. Aufl., 2. Bd., 1931.
Stier-Somlo: Das freie Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung in der Festschrift für Laband, Bd. 2, S. 445 ff., 1908.
Tetzner: Theorie der Verwaltungsrechtspflege, Verwaltungsarchiv 9. Bd. S. 522.
Derselbe: im Jahrbuch des öffentlichen Rechts 1911 S. 88.
Wegner, C. H.: Die Bedürfnisfrage im Gast- und Schankgewerbe, Eine statistische Betrachtung zum Schankstättengesetz, Berlin, 1929.
Welsch, Friedrich: Gesetzliche Regelung des Wirtschaftsgewerbes, Dissertation, Heidelberg 1912.
Wittmaack: Wie weit ist das sächsische Oberverwaltungsgericht zur Nachprüfung von Ermessensfragen zuständig? In Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht 58 S. 97.
Wörterbuch des deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, Stengel-Fleischmann, 3. Bd., S. 744 ff.

Begründung zum Entwurf eines Schankstättengesetzes, Verhandlungen des Reichstages 1. Wahlperiode 1920, Anlage Bd. 378 Nr. 5910.
Begründung zum Entwurf eines Schankstättengesetzes, Reichstag 4. Wahlperiode 1928 Drucks. Nr. 347.
Begründung zur Verordnung des Reichswirtschaftsministers vom 21. Juni 1930, Drucks. des Reichsrates Tagung 1930 Nr. 87.
Bericht des 8. Ausschusses über den Entwurf eines Gaststättengesetzes, Reichstag 4. Wahlperiode 1928 S. 21.
Bericht der Petitions-Kommission Reichstag Drucks. Nr. 735 und 875 von 1911.
Bericht der Petitions-Kommission Reichstag Drucks. Nr. 818 von 1912.

Stenographischer Bericht über die Verhandlungen des deutschen Reichstags IV. Legislaturperiode, 2. Session 1879, 5. Bd. S. 1327.

Verhandlungen des Reichstags des Norddeutschen Bundes 1869 I. Bd.

Verhandlung der Kammer der Abgeordneten des bayerischen Landtages 1877—78, Beilagen Bd. III S. 22.

Verhandlung der württembergischen Kammer der Abgeordneten 1875/76, Beilagen 1 S. 863.

Lebenslauf.

Am 26. 12. 1901 wurde ich als Sohn des Fabrikbesitzers Arthur Schirmer und seiner Ehefrau Johanna geborene Donalies in Zeitz geboren. Ich besuchte zunächst vier Jahre die Zeitzer Mittelschule und kam 1913 auf die Städt. Oberrealschule zu Zeitz. Hier erlangte ich Ostern 1922 das Reifezeugnis. Am 1. Juni 1922 trat ich als Lehrling bei der Darmstädter- und Nationalbank Zweigniederlassung Zeitz ein. Dort, bezw. bei deren Nachfolgerin dem Bankhaus F. M. Müller-Zeitz, verblieb ich nach Ablauf der zweijährigen Lehrzeit als Bankbeamter bis zum 30. 9. 1924. Vom 15. 11. 1924 bis zum 31. 8. 1926 war ich bei der Firma Rudolph Karstadt A.G. in deren Hauptverwaltung in Hamburg, Steinsstraße 10, angestellt. Diese Stelle verließ ich auf eigenen Wunsch, um mich nunmehr dem Rechtsstudium zu widmen. In Hamburg hatte ich bereits im Sommersemester 1925 an der Hamburger Universität juristische Vorlesungen belegt. Ich studierte dann drei Semester in Tübingen, ein Semester in Berlin und vier Semester in Halle a/S. Ich nahm an Vorlesungen und Uebungen der Herren Professoren Aubin, Bartholdy, Bilfinger, Boehmer, Bornhak, v. Blume, Ebrard, Finger, Fleischmann, W. Hein, Heymann, Joerges, Langheineken, Kipp, Guido Kisch, Kitzinger, Kohlrausch, Lass, P. M. Meyer, Raape, Reichel, v. Rümelin, Ruth, Satorius, Schmaltz, A. Schmidt, R. Schmidt, Schoetensack, Siefert, Stoll, Stutz, Wilbrandt, H. Wolff und Titze teil. Am 3. 10. 1931 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung am Oberlandesgericht in Naumburg a/S. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 15. 12. 1933. Zur Zeit werde ich bei der Staatsanwaltschaft in Erfurt im Vorbereitungsdienst beschäftigt.

Herrn Professor Dr. jur. Carl Bilfinger, der mir bei der Abfassung meiner Dissertation wertvolle Anregungen gegeben hat, spreche ich an dieser Stelle nochmals meinen verbindlichsten Dank aus.

Erfurt, den 8. März 1934.

Hans Schirmer.